

Die Grenzen der persönlichen ärztlichen Haftung

von

Dieter Brandt

Mainz

1965

DIE GRENZEN DER PERSÖNLICHEN
ÄRZTLICHEN HAFTUNG

nach geltendem Recht und
unter Berücksichtigung der
Strafrechtsreform

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von Dieter Brandt
aus Mainz/Rhein

1. Berichterstatter: Professor Dr. Bärmann

2. Berichterstatter: Professor Dr. Lang-Minrichsen

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1965

Meinem Vater

-

Inhaltsverzeichnis:

Seite:

Schrifttumsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Einführung	1

Erster Teil

Das erhöhte Bedürfnis nach
Haftungsbeschränkung im Arztrecht

Erster Abschnitt

Die Haftung des Arztes nach
geltendem Recht

I. Die Haftungsgrundlage	
1. Der Vertragsanspruch	4
2. Der Deliktsanspruch	10
II. Der Haftungsmaßstab	12
III. Das haftungsbegründende Ereignis	
1. Juristische Qualifizierung des haftungsbe- gründenden Ereignisses nach § 823 Abs.1 BGB	15
2. Die "Körperverletzung" i.S.d. § 823 Abs.1 BGB als Anfangtatbestand für sowohl kunstfehler- hafte als auch eigenmächtige Heileingriffe	16
3. Der eigenmächtige Heileingriff und seine Einordnung in das Haftungssystem des BGB	
a) Der Begriff des eigenmächtigen Heil- eingriffs	17
b) Der Begriff des Operationsrisikos	19
c) Die rechtliche Natur der Operations- einwilligung	20
d) Die möglichen Fälle des eigenmächti- gen Heileingriffs	21
e) Die Einordnung des eigenmächtigen Heil- eingriffs unter den Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB	23
4. Der kunstfehlerhafte Heileingriff und seine Einordnung in das Haftungssystem des BGB	
a) Der Begriff des kunstfehlerhaften Heil- eingriffs	28
b) Die Einordnung des kunstfehlerhaften Heileingriffs unter den Haftungstat- bestand des § 823 Abs. 1 BGB	29
IV. Der Haftungsumfang	32

Zweiter Abschnitt

Seite:

Die Einflußnahme der Strafrechtsreform auf die künftige zivilrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs

36

Dritter Abschnitt

Die Stellung des Arztes im Gegensatz zum sonstigen Dienstverpflichteten und Werkunternehmer des BGB

- | | |
|--|----|
| I. Die Stellung der praktizierenden- und Belegärzte im Gegensatz zum freien Unternehmer | 40 |
| II. Die Stellung des Krankenhausarztes im Gegensatz zum Erfüllungsgehilfen der täglichen Austauschgeschäfte | |
| 1. Die Begleiterscheinungen des Krankenhauswesens als Bestandteil der materiellen Leistungsverwaltung | 41 |
| 2. Das erhöhte Schadensrisiko bei der ärztlichen Behandlung im Gegensatz zu dem Schadensrisiko bei normalen, vermögensrechtlichen Austauschverträgen | 43 |
| 3. Der Fortbildungsnotstand der Ärzte infolge akuter Arbeitsüberlastung in den Krankenhäusern | 44 |
| 4. Die interne Schadenstragungspflicht gegenüber dem Krankenhausträger | 46 |
| 5. Das hohe Prozeßrisiko des Arztes | 47 |

Vierter Abschnitt

Z u s a m m e n f a s s e n d :

Für den Krankenhausarzt besteht beim totalen Krankenhausvertrag ein erhöhtes Bedürfnis nach zivilrechtlicher Haftungsbeschränkung

54

Zweiter Teil

Seite:

Gibt es die Möglichkeit der Beschränkung der persönlichen ärztlichen Haftung durch Vertrag oder durch den Grundsatz des sog. Handelns auf eigene Gefahr ?

Erster Abschnitt

Kann der Arzt seine Haftung vertraglich beschränken ?

- | | |
|--|----|
| I. Allgemeines zur Freizeichnung | 56 |
| II. Freizeichnung vom ärztlichen Verschulden im Hinblick auf die Standesehre | 58 |
| III. Verstoß gegen Standespflichten als Fall der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB | 62 |

Zweiter Abschnitt

Gibt es im Arztrecht eine Haftungsbeschränkung durch sog. Handeln auf eigene Gefahr bei erkannten Operationsrisiken ?

- | | |
|---|----|
| I. Das Problem | 65 |
| II. H.a.e.G. als rechtlich anerkannter Haftungsbeschränkungsgrund bei erkannten Schadensrisiken | 66 |
| III. Die Übertragung der Grundsätze über das H.a.e.G. auf das erkannte Operationsrisiko | |
| 1. Die Operationseinwilligung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines H.a.e.G. | 70 |
| 2. Haftungsminderung nach §§ 242, 254 BGB im Arztrecht ? | 72 |

Dritter Abschnitt

Zusammenfassung 74

Dritter Teil

Seite:

Der Versuch einer Beschränkung des
persönlichen ärztlichen Haftungs-
risikos durch allgemeine Rechtsge-
danken

Erster Abschnitt

Der Gedanke einer Haftungsbe-
schränkung wegen enger Gemein-
schaftsbindung, wie er sich im
Arbeitsrecht durchgesetzt hat

75

Zweiter Abschnitt

Haftungsbeschränkung aus dem
Gesichtspunkt der Geringfü-
gigkeit des Verletzten im Ver-
hältnis zum erhaltenen Inter-
esse?

79

Dritter Abschnitt

Begrenzung der Haftung aus
den rechtlichen Gesichtspunk-
ten der Vorteilsausgleichung
und der sog. überholenden Kau-
salität

I. Ärztlicher Heileingriff und überholende
Kausalität

82

II. Ärztlicher Heileingriff und Vorteilsaus-
gleichung

86

Vierter Abschnitt

Läßt sich die Haftung des
Arztes wegen eigenmächtiger
Heilbehandlung unter Berück-
sichtigung der sog. Lehre vom
Rechtswidrigkeitszusammen-
hang weitergehend begrenzen?

87

I. Das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhanges

88

II. Die Schutzfunktion des § 823 Abs. 1 BGB im
Hinblick auf den eigenmächtigen Heileingriff

1. Die Schutzfunktion des § 823 Abs. 1 BGB
im Hinblick auf die körperliche Unver-
sehrtheit

92

2. Die Schutzfunktion des § 823 Abs.1 BGB im Hinblick auf die Willensentschließungsfreiheit des Patienten bei der Operationseinwilligung	92
III. Der unrechtsbezogene Folgeschaden beim eigenmächtigen Heileingriff im Hinblick auf den vom Arzt zu leistenden Schadensersatz	95

Fünfter Abschnitt

Freistellungspflicht des Krankenhausträgers von Schadensersatzansprüchen geschädigter Patienten gegen den im Rahmen eines Krankenhausbetriebes tätigen werdenden Arzt	
I. Das Problem	101
II. Der Freistellungsanspruch im Arbeitsrecht und seine rechtliche Bedeutung für die Arbeitnehmerhaftung	103
III. Die Übertragung der rechtlichen Grundsätze über den arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch auf das Arzt-Krankenhausverhältnis	107
1. Besteht ein Freistellungsanspruch auch im Verhältnis zur öffentlichen Hand als Arbeitgeber und spielt es dabei eine Rolle, ob der behandelnde Arzt Beamter ist ?	108
2. Stehen die §§ 421 ff BGB, die das Haftungsrisiko bei Vorliegen von Gesamtschuldverhältnissen gleichmäßig auf die mehreren Schädiger verteilen, einer einseitigen Belastung des Krankenhausträgers mit dem vollen Haftungsrisiko entgegen ?	110
3. Haben die finanzielle Leistungsfähigkeit des Krankenhausarztes und eine eventuell abgeschlossene Haftpflichtversicherung Einfluß auf den Freistellungsanspruch ?	111
4. Ist die Tätigkeit des Krankenhausarztes generell schadensgeneigt oder bedarf es einer Nachprüfung in jedem Einzelfall ?	114
5. Hat die Selbständigkeit und Weisungsgebundenheit in ärztlichen Fragen einen Einfluß auf den Freistellungsanspruch?	115
6. Kommt für den Krankenhausarzt ein unbeschränkter Freistellungsanspruch in jedem Fall schuldhafter Drittschädigung in Betracht oder hat er nur einen Teilanspruch, gemessen an dem Grad seines Verschuldens ?	118

IV. Die Übertragbarkeit des Freistellungsanspruches auf den Patienten	121
1. Übertragbarkeit trotz § 399 BGB ?	122
2. Kann der Arzt den Patienten auf den Anspruch gegen das Krankenhaus aus dem totalen Krankenhausvertrag verweisen und ist der Patient verpflichtet, einer Abtretung des Freistellungsanspruches zuzustimmen ?	124
3. Kann der Patient den arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch des Krankenhausarztes pfänden ?	126
S c h l u ß b e m e r k u n g	128
L e b e n s l a u f	

Schrifttumsverzeichnis

- Achterberg Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadenge-
neigter Arbeit, ArchCivPr Bd. 164,
14
- Baumann Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, Anm.zum Urteil des BGB
v. 28.11.57 (4 Str 525/57),
BGHStr 11,111 = NJW 58,267 -
In: NJW 58,2092
- Baumert Tatbestand und Haftungsmaßstab der
einzelnen Pflichten bei der culpa
in contrahendo, Jur.Diss. Berlin
1955
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl.,
Berlin und Ffm. 1964
- Bockelmann Rechtliche Grundlagen und rechtliche
Grenzen der ärztlichen Auf-
klärungspflicht, LArchKlinChir.
Bd. 298,852
- Böhmer, Emil Anm. zum Urteil des BGH v. 5.3.1963
(IV ZR 123/63), NJW 63,1099 -
In: NJW 64,33
- Bösche Die Anspruchsberechtigung nach dem
Ersatzkassenvertrag und ihre Be-
grenzung, Dtsch. Ärztebl. 64,239
- Bösche Zur Aufklärungspflicht des Arztes
vor operativen Eingriffen, Dtsch.
Ärztebl. 64,222
- Bötticher Die Einschränkung des Ersatzes
immateriellen Schadens und der
Genugtuungsanspruch wegen Persön-
lichkeitsminderung, MDR 63,353
- Brockhaus Der Neue Brockhaus, 3. Aufl.,
Wiesbaden 1960
- Burmester Die Haftpflicht des Arztes und
der Krankenanstalten im Spiegel
der Rechtsprechung, Hamburg 1957
- v. Caemmerer Das Problem des Kausalzusammen-
hangs im Privatrecht, Freiburg 1956

Cantzler	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, ArchCivPr. 156, 29
Clauss	Haftungsbeschränkung durch allgemeine Rechtsgedanken, VersR 58,746
Dölle	Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW Bd. 103,67
Ebermayer	Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Berlin 1925
Eichler	Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Jur.Diss. Heidelberg, Breslau 1931
Engisch	Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Jena 1958
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., I. Hbd. Tübingen 1959, II. Hbd. Tübingen 1960
Entscheidungen	<u>Entscheidungen des BAG:</u> Beschluß des GZS v. 25.9.57 (GS 4/56; 5/56) Bd. 5, 1=NJW 58,235=VersR 58, 54=BB 58,80=JZ 58,254 U.v.27.7.61 (2 AZR 255/60), NJW 61,2085 U.v.21.6.63 (1 AZR 386/62), NJW 63,1940 <u>Entscheidungen des BGH in Strafsachen:</u> U.v.28.11.57 (4 Str 525/57), Bd. 11, 111 = NJW 58,267 U.v.3.5.62 (1 Str 18/62), NJW 62,1780 U.v.28.6.63 (4 Str 202/63), mitgeteilt von Kierski, Med.Klin.64,154 <u>Entscheidungen des BGH in Zivilsachen:</u> U.v.7.3.51 (II ZR 67/50), auszugsweise bei Perret S. 153 (1) U.v.11.4.51 (II ZR 68/50), BGHZ 1, 383 = NJW 51,798 BGH U.v.13.12.51 (III ZR 144/50) BGHZ 4,139 = NJW 52,382 U.v.25.9.52 (III ZR 322/51), BGHZ 7,199 U.v.29.9.52 (III ZR 340/51), BGHZ 7,223 U.v.27.11.52 (VI ZR 25/52), BGHZ 8,138 = VersR 53,67 U.v.14.10.53 (III ZR 183/52), BGHZ 11,227 U.v.10.7.54 (VI ZR 45/54), NJW 56, 1106 = VersR 54,496

U.v.10.1.55(III ZR 153/53), BGHZ 16,111
= AP Nr. 1 zu § 611 BGB
Beschl. v. 6.7.55 (GSZ 1/55), BGHZ 18,
149 = NJW 55,1675=VersR 55,615
U.v.21.12.55(VI ZR 127/55)= NJW 56,1835
= LindMöhr Nr. 25 zu § 286(c) ZPO
U.v.22.6.56(I ZR 198/54), BGHZ 21,102
= NJW 56,1313=VersR 56,508
U.v.14.12.56(I ZR 105/55), BGHZ 22,347
Beschl. v. 4.3.57(GSZ 1/56), BGHZ 24,
21= NJW 57,785
U.v.22.10.57(VI ZR 231/56),LindMöhr
Nr. 24 zu § 278 BGB
U.v.25.3.58(VI ZR 13/57), NJW 58,905=
VersR 58,377
U.v.22.4.58 (VI ZR 65/57),BGHZ 27,137
U.v.5.12.58 (VI ZR 266/57), BGHZ 29,33
= NJW 59,811 Nr. 1
U.v.9.12.58(VI ZR 268/57), BGHZ 29,46=
NJW 59,811 Nr.2=JR 59,418= MDR 59,291
U.v.14.12.58(VI ZR 51/58), NJW 59,1583
U.v.10.7.59 (VI ZR 87/58),LindMöhr
Nr. 11(Ca) zu § 276 BGB=NJW 59,2299 =
JZ 59,773 = MDR 59,999
U.v.13.6.60 (III ZR 54/59), NJW 61,600
U.v.15.12.60(VII ZR 141/59),NJW 61,313
U.v.14.3.61 (VI ZR 189/59),NJW 61,655=
VersR 61,284=DAR 61,138
U.v.19.9.61(VI ZR 259/60), BGHZ 35,363=
NJW 61,2059
U.v.1.2.63(VI ZR 271/61), NJW 63,1100
U.v.28.2.63 (VII ZR 167/61),NJW 63,1147
U.v.29.4.63 (III ZR 211/61),NJW 63,1301
U.v.27.2.64 (II ZR 179/62),NJW 64,1272

Entscheidungen des BSG:

Vorl.Beschl. v. 24.11.60 (6 RKA 22/60),
NJW 61,288

Entscheidungen des BVerfG:

Beschl.v. 23.7.63 (1 BvI 1,4/61),
NJW 63,1667

Entscheidungen des BVerwG:

BVerwG U.v.17.9.64 (II C 147/61) =
NJW 65,458 = DÖV 65,53 = MDR 65,230

Entscheidungen des RAG:

U.v.12.6.37 (297/36), ARS 30,1
U.v.18.12.40(49/40), ARS 41,55
U.v.30.9.41 (88/41), ARS 43,108

Entscheidungen der OLAG:

OLAG Tübingen, U.v.10.5.51 (GR 3/51),
BB 51,840
OLAG Neustadt, U.v.15.2.52 (OAG 25/51),
AP 53 Nr. 84

Entscheidungen der LAG:

LAG Ffm, U.v.9.10.51 (IV LA 175 u. 220/
51), AP 52 Nr. 209
LAG Ffm, U.v.4.8.64 (5 Sa 79/64), NJW
65,788
LAG München, U.v.15.11.48 (230/48),
AP 50 Nr. 20

Entscheidungen der OLG:

OLG Celle, Beschl.v. 23.9.1955 (9 W 42/
55), VersR 57,183
OLG Ffm, U.v.14.2.1956 (1 U 3/54),
VersR 56,554
OLG Hamm, U.v.6.11.53 (9 U 18/53),
MDR 54,166
OLG München, U.v.24.2.54 (7 U 548/53),
auszugsweise bei Perret S. 26 (26)
OLG Stuttgart, U.v.22.10.52 (1 U 40/52),
auszugsweise bei Perret S. 27 (27)
OLG Stuttgart, U.v.24.11.64 (5 U 91/64),
NJW 65,112

Entscheidungen der LG:

LG Düsseldorf, U.v.26.5.61 (8 O 12/60),
NJW 61,2064
LG Frankenthal, U.v.20.4.55 (1 S 43/55),
NJW 55,1113
LG Mannheim, U.v.29.3.61 (5 S 12/61),
NJW 61,2064
LG München, U.v.23.6.50 (2 O 311/49),
auszugsweise bei Perret S. 195 (4)

Entscheidungen des RG in Zivilsachen:

U.v.11.6.07 (III 21/07), RGZ 66,144
U.v.29.3.09 (VI 163/08), WarnRspr. 09
Nr. 357
U.v.1.3.12 (III 231/11), RGZ 78,432
U.v.4.7.16 (III 142/16), WarnRspr. 16
Nr. 226
U.v.13.10.16 (III 145/16), RGZ 88,433
U.v.17.12.26 (III 21/26), RGZ 115,141
U.v.30.10.30 (VI 37/30), RGZ 130,162
U.v.20.10.33 (III 406/32), RGZ 142,70
U.v.23. 3.34 (I 214/33), RGZ 144,1
U.v.16. 4.34 (VI 456/33), RGZ 144,242
U.v. 8. 3.40 (III 117/39), RGZ 163,129
U.v.21. 6.40 (III 134/39), WarnRspr. 41
Nr. 14

- | | |
|-------|---|
| Esser | Grundlagen und Entwicklung der Gefähr-
dungshaftung, München und Berlin 1941 |
| Esser | Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl.,
Karlsruhe 1960 |
| Esser | Die Entlastungsgründe, VersR, Beiheft
Karlsruher Forum 59,28 |

Esser	Kausalitätsbegriff und Rechtswidrigkeitszusammenhang, VersR, Beiheft Karlsruher Forum 59,20
Forsthoff	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961
Fromherz	Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld ? ArchCivPr Bd. 108,435
Gareis	Das Recht am menschlichen Körper, Königsberg 1900
Geigel	Der Haftpflichtprozeß, 12. Aufl., München und Berlin 1964
Göppinger, Hans E.	Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie, 1956
Grünwald	Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStrW 73,5
Günther, Horst	Schmerzensgeld, Stuttgart 1964
Gumpert	Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung, BB 58,740
Haueisen	Gröbliche Verletzung kassenärztlicher Pflichten setzt kein Verschulden voraus, Dtsch.med.Wschr. 64,270
Helm	Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch und seine Auswirkung auf die Unternehmerhaftung, ArchCivPr. Bd. 160, 134
Henrichs	Anm. zum Urteil des BVerwG vom 17.9.64 in: NJW 65,480
Herold	Haftung des Arztes für Narkoseschäden, Berl. Ärztebl. 64,40
Herschel	Der Schadensersatzanspruch des Unternehmers gegen den bei ihm beschäftigten Kraftfahrer, JW 39,454
Hoh	Die ärztliche Aufklärungspflicht und ihre Bedeutung in der ärztlichen Rechts- und Standeskunde Med. Diss. Mainz 1963
Holer	Die Einwilligung des Verletzten, Zürich 1906
Hübner-Drost	Ärztliches Haftpflichtrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1955

- Isele Anm. zum Urteil d. BGH v. 1.2.63
(VI ZR 271/61) - NJW 63,1100
- Isele Empfiehlt es sich, die Haftung
des Arbeitnehmers gegenüber dem
Arbeitgeber abweichend vom Schuld-
recht des BGB zu regeln ?
NJW 64,1441
- Jovy Die Frage des Rechts oder Rechts-
gutes nach § 839 BGB und Artikel
34 GG, Jur. Diss. Mainz 1952
- Jungmichel Der Arzt als Gutachter im Haft-
pflichtprozeß - In: Aktuelle
Probleme der Versicherungswirt-
schaft, Berlin 1954
- Kaufmann, Arthur Die eigenmächtige Heilbehandlung,
ZStrW 73,341
- Kleinewefers und andere: Vertragliche Schadens-
ersatzansprüche des Patienten bei
gespaltenem Arzt-Krankenhausvertrag,
VersR 64,201
- Kleinewefers und andere: Schadensersatzansprüche
bei Verletzung der ärztlichen
Schweigepflicht, NJW 63,2345
- Kleinewefers und andere: Die vertragliche Haf-
tung bei gespaltenem Arzt-Kranken-
hausvertrag, NJW 65,332
- Knappe Das Problem der überholenden Kau-
salität, Göttingen 1954
- Kohlhaas und andere: Die rechtfertigende
Einwilligung bei Körperverletzungs-
tatbeständen, NJW 63,2348
- Krüger-Nieland Das Problem der Rechtswidrigkeit
bei Beeinträchtigung der Persön-
lichkeit, VersR, Beiheft Karls-
ruher Forum 60,15
- Kuhns Das gesamte Recht der Heilberufe, I.
Teil, bearbeitet von Schmelcher,
Berlin 1958
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I,
7. Aufl., München und Berlin 1964;
Bd. II, 6. Aufl., München und Ber-
lin 1964

- Larenz Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung über Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden, VersR, Beiheft Karlsruher Forum 59,10
- Lewald Anm. zum Urteil des BGH v. 15.12.60 (VII ZR 141/59)- In: NJW 61,313
- Löffler Steht die Zuerkennung von Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung mit dem geltenden Recht in Einklang ? Sonderdruck des Spiegel-Verlages, Hamburg 1962
- Luetgebrune Standeswidrigkeit als Verstoß gegen die guten Sitten, Quakenbrück 1935
- Lukes Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JUS 61,301
- Mansfeld Zur Haftung des Arztes wegen Pflichtverletzung, LeipzZ 1915, Spalte 334
- Maurach Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964
- Molitor Krankenhaus und Chefarzt, Rechtsgutachten und Nachtrag, 2. Aufl., Stuttgart 1953
- Niese Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 365
- Nipperdey Chefarzt und Krankenhaus, Der Krankenhausarzt 49,4
- Oertmann Recht der Schuldverhältnisse, Bd.I 5. Aufl., 1928; Bd. II 1929
- Ohr Arbeitsbedingte Fahrlässigkeit, NJW 60,2174
- Ohr Haftungsbeschränkung für Arbeitnehmer, NJW 60,1593
- Ostler Unfallursache und Unfallschuld bei gefahrgeneigter Arbeit, NJW 62,1229
- Palandt Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 24. Aufl., Berlin und München 1965
- Perret Arzthaftpflicht, München und Berlin 1956

Perret	Die Grenzen der ärztlichen Fortbildung, Med.Klin. 58,94
Rabel	Die Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1904
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, II. Teil §§ 241 bis 432, Berlin 1959, II. Band, I. Teil §§ 433 bis 704, Berlin 1959
Reinhardt	Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, VersR, Beiheft Karlsruher Forum 61,3
Rieger	Der rechtsphilosophische Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zur Aufklärungspflicht, Dtsch. Ärztezt. 64,155
Rosenberg	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961
Rother	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965
Scheicher	Zur Aufklärungspflicht des Arztes, Münch.med.Wschr. 64,355
Scheffler	Anwaltpflichten, Anwaltsverschulden, NJW 61,577
Scheffler	Grenzfragen der Verantwortung bei Arzt, Anwalt und Notar, VersR Beiheft Karlsruher Forum 59,43
Schmidt, Eberhardt	Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1933
Schmidt, Eberhardt	Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten zum 44. dtsh. Juristentag, Tübingen 1962
Schmidt, Eberhardt	Die Schwangerschaftsunterbrechung und die Rechtsprechung des BGH, NJW 60, 361
Schmidt, Eberhardt	Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStrW. 49,350
Schreiber	Der Mensch und sein Recht, München 1962

Schröder	Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW 61,951
Schulz	Der Arzt vor dem Richter, Hannover 1961
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., I. Bd., bearbeitet von Wolfgang Siebert, Stuttgart 1959
Spann	Zur Aufklärungspflicht des Arztes, Münch.med.Wschr. 64,359
Spann	Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962
v. Staudinger	Recht der Schuldverhältnisse, Bd.II Teil 1b) - § 242 - 11. Aufl.,Berlin 1961; Bd. II, Teil 3, 11. Aufl., Berlin 1958
Steindorff	Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 59,1
Stoll, Hans	Das Handeln auf eigene Gefahr, Tübingen 1961
Stich und Bauer	Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Jena 1954
Uhlenbruck	Typische Formen des Krankenhaus-aufnahmevertrages, NJW 64,431
Uhlenbruck	Die vertragliche Haftung von Krankenhaus und Arzt für fremdes Verschulden, NJW 64,2187
Uhlenbruck	Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozeß, NJW 65,1057
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl., Berlin 1963
Wussow	Unfallhaftpflichtrecht, 8. Aufl., Köln, Berlin, München 1963

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Ärztl.Pr.	Ärztliche Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, seit 1.7.54 Nachschlagewerk des BAG
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchCivPr	Archiv für civilistische Praxis
ARS	Arbeitsrechtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOlg	Bayrisches Oberlandesgericht
BB	Der Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
Berl.Ärztebl.	Berliner Ärzteblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHStr	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen
BRRG	Bundesrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
DAR	Deutsches Autorecht

d.i.	das ist
Diss.	Dissertation
Dtsch.Ärztebl.	Deutsches Ärzteblatt
Dtsch.med. Wschr.	Deutsche medizinische Wochenschrift
Dtsch.Zschr.Chir.	Deutsche Zeitschrift für Chirurgie
E.	Entscheidung
e.H.	eigenmächtiger Heileingriff
EGH	Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte
Enn.-Lehm.	Enneccerus-Lehmann
Enn.-Nipp.	Enneccerus-Nipperdey
EntwStGB	Entwurf für ein neues Straf- gesetzbuch
Ffm	Frankfurt am Main
Fußn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundes- republik Deutschland
GO	Gemeindeordnung
GZS	Großer Senat für Zivilsachen
h.A.	herrschende Ansicht
H.a.e.G.	Handeln auf eigene Gefahr
HE	Heileingriff
h.L.	herrschende Lehre
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne der/des
i.w.S.	im weiteren Sinne
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristisch
JUS	Juristische Schulung

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LÄK	Landesärztekammer
LArchKlinChir.	Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie
LBG	Landesbeamtengesetz
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift
LG	Landgericht
LindMöhr	Lindenmaier-Möhring, Nachschlage- werk des Bundesgerichtshofes
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Med.Klin.	Medizinische Klinik
Mschr.Unfallhk.	Monatsschrift für Unfallheilkunde und Versicherungsrecht
Münch.med.Wschr.	Münchner medizinische Wochenschrift
Nachw.	Nachweis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLAG	Oberstes Landesarbeitsgericht
OLG	Oberlandesgericht
r.A.	richtiger Ansicht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rdz	Randziffer
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGB1	Reichsgesetzblatt
RGRKomm	Kommentar der Reichsgerichtsräte
RGStr	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhldPf	Rheinland-Pfalz
RStBl	Reichssteuerblatt
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen
S.o.	Siehe oben
sog.	sogar
s.u.	siehe unten
st.	ständig
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
TZ.	Teilziffer
U.	Urteil
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht
Vgl.	vergleiche
VRS.	Versicherungsrechtssprechung
WarnRspr	Warneyers Rechtsprechung des Reichsge- richts auf dem Gebiet des Zivilrechts
Zbl.Chir.	Zentralblatt für Chirurgie
ZBR	Zeitschrift für das Beamtenrecht
zit.	zitiert
zust.	zustimmend
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einführung:

Unter Zugrundelegung der geltenden Rechtsordnung wird der ärztliche Heileingriff - zumindest von der Rechtsprechung⁽¹⁾ - bekanntlich immer noch objektiv als Körperverletzung gewertet, weil der kasuistische Aufbau der Tatbestände des Strafgesetzbuches von 1871 allein von der Tatsache des unerwünschten Verletzungserfolges⁽²⁾ ausgeht und dabei die soziale Sinnhaftigkeit des menschlichen Handelns unberücksichtigt läßt. Demzufolge halten die Gerichte streng an der Auffassung fest, daß nur die Einwilligung des Patienten die an sich tatbestandsmäßige "Körperverletzung", die der Arzt durch den Heileingriff begeht, rechtfertigt.⁽³⁾ Die Rechtsprechung hat sich bisher allen Bemühungen von Seiten des Schrifttums verschlossen gezeigt, den Heileingriff dogmatisch aus dem Körperverletzungskomplex auszuklammern.⁽⁴⁾ Somit haftet jeder, auch der indizierten und kunstgerecht durchgeführten Operation das Odium der Körperverletzung in ihrer Gleichsetzung mit der bewußten Verletzungshandlung an.⁽⁵⁾ Diese grundlegende, im Strafrecht entwickelte Betrachtungsweise wirkt sich auch auf die Beurteilung des Heileingriffs im bürgerlichen Haftungsrecht aus; auch hier wird die Heilbehandlung tatbestandlich als Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB gewertet.

Der Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch⁽⁶⁾ sieht eine strafrechtliche Sonderstellung für den Arzt vor. Nach § 161 EntwStGB sollen indizierte und kunstgerecht durchge-

(1) Seit RGStr. 25,375 st.Rspr.; vom BGH in BGHStr 11,111 = NJW 58,267 übernommen.

(2) Bei der Körperverletzung i.S.d. Gewebedurchtrennung.

(3) Vgl. statt vieler: BGH NJW 56,1106 (1. Elektroschockurteil); BGHZ 29,46 (2. Elektroschockurteil); BGHZ 29,176

(4) Insbesondere sind hier die Bemühungen von Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1933 zu erwähnen.

(5) K.H. Bauer in seinem Vortrag "Aktuelle Rechtsfragen in der Chirurgie" anläßlich der 75. Tagung der Gesellschaft f. Chirurgie 1961 - LArchKlinChir 61,281 (284)

(6) EntwStGB 1962 unter Berücksichtigung des Beschlusses der strafrechtlichen Abteilung des 44. deutschen Juristentages in Hannover 1962 - vgl. auszugsweise NJW 62,1856.

führte Heileingriffe künftig nicht mehr als Körperverletzung "strafbar" sein.⁽⁷⁾ Die Frage, ob ein Arzt wegen Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung strafbar ist, hängt der Neuregelung zufolge nicht mehr von der erteilten Operationseinwilligung ab. Die sog. eigenmächtige Heilbehandlung wird in einem Sondertatbestand ihren Niederschlag finden und somit im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut vollständig aus dem Körperverletzungskomplex ausgesondert werden.

So begrüßenswert die strafrechtliche Neuregelung für die Ärzte im Hinblick auf ihre jahrelang von den Gerichten ungehört gebliebene Forderung nach einer strafrechtlichen Sonderstellung auch ist, im Ergebnis wird sich dadurch, zumindest was den Einfluß der Strafrechtsreform auf die zivilrechtliche Haftung des Arztes anbelangt, nichts Wesentliches ändern.⁽⁸⁾ Der Arzt wird weiterhin wie seither aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung bestraft und muß zivilrechtlich Schadensersatz leisten, wenn der operative Eingriff entweder nicht indiziert oder kunstfehlerhaft durchgeführt ist. Die strafrechtliche Sonderregelung des eigenmächtigen Heileingriffs ändert nichts an der Tatsache, daß der Arzt auch in Zukunft in Fällen mangelhafter Aufklärung Schadensersatzansprüchen ausgesetzt bleibt;⁽⁹⁾ denn einmal der Behandlungsvertrag, zum anderen der weit gefaßte Begriff der unerlaubten Handlung im Deliktsrecht bieten hierfür zahlreiche juristische Anknüpfungspunkte.

-
- (7) Inwieweit hier die Tatbestandsmäßigkeit entfällt oder aber ein Rechtfertigungsgrund geschaffen ist, läßt der Entwurf dahingestellt. Vgl. amtliche Begründung S. 161 und Schmidt, Gutachten S. 146 Nr. 186 sowie S. 151 f. Nr. 191-193.
- (8) Im Ergebnis wird kein Arzt, der nach dem früheren Rechtszustand zu Strafe oder Schadensersatz verurteilt worden wäre, freigesprochen. Grundlegend geändert wird nur die dogmatische Erfassung des rechtswidrigen Eingriffs.
- (9) Gerade die Probleme um die wirksame Operationseinwilligung werden der Brennpunkt von Streitfragen im Arztrecht bleiben - vgl. Schmidt, Gutachten S. 95 Nr. 106.

Es stellt sich zunächst aus rein zivilrechtlicher Sicht die Frage, ob einmal der Unterschied zwischen dem normalen Werk-, Dienstvertrag und dem Arztvertrag, zum anderen der Unterschied zwischen mißlungenem Heileingriff und unerlaubter Handlung sowie drittens die Stellung im Haftpflichtprozeß für den Arzt tatsächlich so gravierend ist, daß für ihn ein gesteigertes Bedürfnis nach einer Haftungsbeschränkung besteht. In dem Falle, daß die ärztliche Haftung sich wirklich als so gravierend erweist wie von ärztlicher Seite immer wieder betont wird, stellt sich als zweite Frage die nach den rechtlichen Möglichkeiten einer Begrenzung des ärztlichen Haftungsrisikos. Es soll dabei versucht werden, den Besonderheiten der ärztlichen Tätigkeit in den Grenzen gerecht zu werden, die das Gesetz selbst einräumt und die im Wege der Rechtsfortbildung in anderem Zusammenhang bereits aufgezeigt bzw. allgemein anerkannt sind. Dabei soll nur die Haftung für operative Eingriffe und daraus entstehende Eingriffsfolgen ins Auge gefaßt werden, nicht dagegen die Ersatzpflicht auf Grund von Verletzungen anderweitiger Unterlassens- oder Erhaltungspflichten im Rahmen des Arztvertrages, die sich nicht als Ausfluß spezifisch-ärztlicher Tätigkeit darstellen, und weiter soll die Untersuchung auf die Besonderheiten der ärztlichen Betätigung innerhalb eines Krankenhausbetriebes zugeschnitten werden, da sich hierbei die meisten Probleme ergeben. In diesem Zusammenhang wird sich die Untersuchung auch darauf erstrecken, inwieweit aus arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten ein Haftungsfreistellungsanspruch des Krankenhausarztes gegen den Krankenhausträger in Betracht kommt.

Erster Teil

Das erhöhte Bedürfnis nach Haftungsbeschränkung im Arztrecht

Erster Abschnitt

Die Haftung des Arztes nach geltendem Recht

I. Die Haftungsgrundlage

1. Der Vertragsanspruch

Wer sich in ein Krankenhaus begibt, um sich dort behandeln oder operieren zu lassen, schließt einen hierauf gerichteten Vertrag ab.⁽¹⁰⁾ Vertragspartner kann einmal das Krankenhaus, zum anderen der behandelnde Arzt selbst sein. Da die Haftung der Krankenanstalt - sei es als privater Einrichtung, sei es als Anstalt des öffentlichen Rechts - für unsere Betrachtungen eine nur untergeordnete Rolle spielt,⁽¹¹⁾ geht es darum, etwaige Vertragsbeziehungen zum Arzt selbst aufzuzeigen, bei deren Verletzung ein Schadensersatzanspruch gegeben ist.

Als Vertragsgrundlage scheidet unter diesem Aspekt bereits der sog. t o t a l e Krankenhausaufnahmevertrag aus. Unter diesem versteht man einen Vertrag, in dem sich der Krankenhausträger dem Patienten gegenüber verpflichtet, alle bei einer ambulanten oder stationären Krankenhausaufnahme erforderlich werdenden Leistungen einschließlich ärztlicher Behandlung durch angestellte Hilfskräfte durchführen zu lassen.⁽¹²⁾ Dieser Vertrag, der bei einer Aufnahme in die 3. Pflegeklasse regelmäßig zustandekommt,⁽¹³⁾ verpflichtet vertraglich lediglich den Krankenhausträger, nicht dagegen auch den Krankenhausarzt.

(10) Die Rechtsbeziehungen zu einem bewußtlos eingelieferten Patienten sollen unberücksichtigt bleiben.

(11) S. hierzu die Monographien von Burmester und Hübner-Drost sowie den Aufsatz von Uhlenbruck, NJW 64,431.

(12) BGH LindMöhr Nr. 24 zu § 278 BGB mit Nachweisen und Uhlenbruck, NJW 64,432 f.

(13) BGHZ 1,383; OLG Hamm, MDR 54,166; Uhlenbruck, NJW 64,432.

An diesem Rechtszustand hat sich bezüglich der Behandlung von Kassenpatienten auch nichts durch das Gesetz über Kassenarztrecht⁽¹⁴⁾ geändert. Gemäß dem neugefaßten § 368 Ziffer d) der Reichsversicherungsordnung richtet sich die Inanspruchnahme der Universitätspolikliniken sowie der Eigeneinrichtungen der Krankenhäuser "nach den hierüber abgeschlossenen Verträgen". Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Reichsgerichts,⁽¹⁵⁾ der sich insoweit auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat,⁽¹⁶⁾ entsteht bei der Einweisung eines Kassenpatienten ein Dienstvertrag zugunsten Dritter gemäß §§ 328, 611 BGB zwischen dem Krankenhaus und dem Träger der Krankenkasse, aufgrund dessen der Kassenpatient einen unmittelbaren Anspruch gegen den Krankenhausträger und nur gegen diesen auf sachgemäße Behandlung erlangt, während der behandelnde Krankenhausarzt lediglich als Erfüllungsgehilfe in Erscheinung tritt. Die Haftung der leitenden Krankenhausärzte⁽¹⁷⁾ den Kassenpatienten gegenüber richtet sich der Neuregelung zufolge lediglich dann nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts, wenn sie auf ihren Antrag für die Dauer ihrer Tätigkeit an dem betreffenden Krankenhaus an der kassenärztlichen Versorgung auf Überweisung durch Kassenärzte beteiligt sind.⁽¹⁸⁾ Für die Chefärzte größerer Krankenhäuser, insbesondere für die Direktoren von Universitätskliniken, hat diese Regelung jedoch kaum praktische Bedeutung, da sie regelmäßig neben der Poliklinik im Rahmen des Krankenhausbetriebes noch eine Privatpraxis unterhalten.⁽¹⁹⁾

(14) v. 17.8.1955 (BGBl Bd. I S. 513)

(15) RGZ 165,106; RG JW 15,916 Nr. 4

(16) BGHZ 1,383(386); BGH NJW 55,1106 - st.Rspr.

(17) Dies sind die Chefärzte und Leiter einer selbständigen Fachabteilung.

(18) Das BVerfG hat entgegen der Auffassung des BSG (NJW 61,288) in seinem Beschluß v. 23.7.63 (NJW 63,1667) entschieden, daß sich aus Artikel 12 GG kein Anspruch der leitenden Krankenhausärzte auf Zulassung herleiten läßt. Dagegen kritisch Schwoerer, NJW 64,437

(19) Anders für Ärzte an kleineren Krankenhäusern, für die die Zulassung eine Existenzfrage sein kann, vgl. Schwoerer, NJW 64,439 Ziffer 7

Der fehlenden vertraglichen Beziehung zwischen Chefarzt und Kassenpatienten entspricht es, daß ersterem für die Erbringung des ärztlichen Dienstes keine Honorarsprüche zustehen. Der den Kassenpatienten gegenüber erbrachte ärztliche Dienst beruht auf der ärztlichen Dienstpflicht und wird durch die allgemeinen Dienstbezüge abgegolten. (20)

Etwas anderes kann dann gelten, wenn es sich um Selbstzahler handelt, die einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag für die dritte Pflegeklasse abschließen. Hier wird von der h.A. (21) ein originäres Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte angenommen und daraus teilweise auf vertragliche Beziehungen des 3.-Klasse-Patienten auch zum Chefarzt geschlossen. (22) Auch Uhlenbruck (23) erkennt ein originäres Liquidationsrecht der Chefärzte Selbstzahlern gegenüber an. Dieses leitet er aus der subjektiven Rechtsmacht jedes Chefarztes ab, mit jedem Selbstzahler einen Arztvertrag abzuschließen. Uhlenbruck vertritt jedoch entgegen der h.M. die Ansicht, der Chefarzt trete in seinem Anstellungsvertrag regelmäßig ausdrücklich oder stillschweigend das Recht zur Bildung von Vertragsbeziehungen zu Selbstzahlern der dritten Pflegeklasse an den Krankenhausträger ab; dieses Recht zum Vertragsabschluß sei ein vermögenswertes Recht i.S. von § 398 BGB. Nur dieses Recht zur Schaffung von Vertragsbeziehungen trete der Arzt ab, davon unabhängig behalte er sein originäres Liquidationsrecht, das mit der Konstruktion des totalen Krankenhausaufnahmevertrages absolut verträglich sei.

(20) Molitor, Krankenhaus und Chefarzt, Rechtsgutachten und Nachtrag, 2. Aufl. 1953, S. 74 ff

(21) Nipperdey, Gutachten S. 4 ff; Knur, Rechtsgutachten über das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, in "Der Krankenhausarzt" 1949, S. 22; Kuhns I/ 627; ebenso die steuerrechtliche Rechtsprechung: RFH 27,44; RFH RStBl 1934,542

(22) so Knur, aaO S. 22; Zitelmann bei Grober, Das deutsche Krankenhaus, Handbuch für Bau, Einrichtung und Betrieb der Krankenanstalten, 2. Aufl. 1922, 3. Aufl. 1932, S. 955 ff

(23) NJW 64,434

In vielen Krankenhäusern wird bereits im totalen Krankenhausaufnahmevertrag das Liquidationsrecht der Ärzte formularmässig ausgeschlossen, indem allein der Krankenhausverwaltung ein Liquidationsrecht vorbehalten wird. Falls in einem Krankenhaus die Eigenliquidation der Chefärzte auch Selbstzahlern der dritten Pflegeklasse gegenüber üblich ist, kann man ebenfalls allein aus dem Liquidationsrecht keinen Schluß auf vertragliche Beziehungen zwischen Arzt und Patient ziehen, ohne daß ein dahingehender Wille nach aussen hin in Erscheinung getreten ist.

Dies ist der Fall bei dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit sog. **A r z t z u s a t z v e r t r a g**. Hier vereinbart der Chefarzt mit dem eingelieferten Selbstzahler, der mit dem Krankenhausträger bereits einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag abgeschlossen hat, zusätzlich einen Vertrag über die ärztliche Behandlung, wobei ihm aus diesem Zusatzvertrag ein eigenes Liquidationsrecht erwächst.⁽²⁴⁾ Der Arztzusatzvertrag verschiebt den Leistungsinhalt der Pflichten des Krankenhausträgers insoweit, als dieser nur noch die Verschaffung der ärztlichen Hilfe schuldet.⁽²⁵⁾ Allerdings haftet der Krankenhausträger dennoch nach § 278 BGB für das Verschulden der angestellten Ärzte.

Gegen die Zulässigkeit des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag hat Molitor⁽²⁶⁾ Bedenken erhoben, da hierdurch eine Benachteiligung der Kassenpatienten ermöglicht würde. Hiergegen führt Uhlenbruck⁽²⁷⁾ mit Recht aus, daß der Leistungsinhalt des totalen Krankenhausaufnahmevertrages nicht zu Gunsten der Selbstzahler geändert werde; das entstehende Gesamtschuldverhältnis zwischen Krankenhausträger und -arzt bewirke auch keine Haftungsverschärfung. Auch Nipperdey⁽²⁸⁾ hält diese Konstruktion für die optimale Lösung für den Patienten.

(24) Uhlenbruck, NJW 64,434; Kuhns I/351; Nipperdey, Gutachten S. 4 ff; RG JW 36,3182 mit Anm. von Kallfelz

(25) Kuhns I/351

(26) Rechtsgutachten S. 46 ff

(27) NJW 64,434

(28) Gutachten, S. 7 l.Sp.

Diese Unterform des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit sowohl Vertragsbeziehungen zum Krankenhaussträger als auch zum leitenden Krankenhausarzt ist zu unterscheiden von dem sog. **aufgespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag**. Dieser liegt meist bei der stationären Aufnahme von Privatpatienten in einem öffentlichen- oder Belegkrankenhaus⁽²⁹⁾ vor. Der Privatpatient schließt hier zwei inhaltlich voneinander unabhängige⁽³⁰⁾ Verträge ab: Der Vertrag mit dem Krankenhaus umfaßt lediglich Unterkunft und Verpflegung sowie bei öffentlichen Krankenhäusern im Gegensatz zu blossen Belegkrankenhäusern auch noch einige von der Rechtsprechung entwickelte Nebenpflichten,⁽³¹⁾ während der Vertrag mit dem Arzt inhaltlich auf die jeweilige Behandlung und die daraus unmittelbar erwachsenden Pflichten beschränkt bleibt.⁽³²⁾

Beim aufgespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag wird der jeweils leitende Krankenhausarzt neben dem Kliniksträger vertraglich zur Sorgfalt verpflichtet, was bei der Aufnahme von Kassenpatienten wie gezeigt grundsätzlich nicht gilt.

Der Chefarzt einer Universitätsklinik oder der leitende Krankenhausarzt steht demnach bei Vorliegen eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrages oder eines Arztsatzvertrages ebenso wie der freipraktizierende Arzt zu seinen Privatpatienten in vertraglichen Beziehungen. In aller Regel wird es sich dabei auch bei Operationen um einen Dienstvertrag und keinen Werkvertrag handeln, da kein bestimmter

-
- (29) Das Belegkrankenhaus stellt dem Arzt lediglich seine Betten und Einrichtungen zur Verfügung. Der ärztliche Dienst wird ausnahmslos eigenverantwortlich vom Arzt erbracht, Kuhns I/180
- (30) Ob diese Spaltungskonstruktion glücklich ist, kann hier dahingestellt bleiben, vgl.dazu Kleinewefers, NJW 63, 2347. Uhlenbruck, NJW 64,433 ist, sofern der Patient im Krankenhaus im Rahmen der ärztlichen Behandlung geschädigt wird, in jedem Fall für gesamtschuldnerische Haftung. Zum aufgespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag vgl.im übrigen BGHZ 5,321; OLG Hamburg, VersR 54,125; Nipperdey, Gutachten S. 7 f; Kuhns I/575
- (31) Vgl.bspw.BGH LindMöhr Nr.24 zu § 278 BGB;BGHZ 5,321. Auch der nachgeordnete ärztliche Dienst,der mittels personeller und sachlicher Einrichtungen des Krankenhauses gewährt zu werden pflegt: BGH NJW 62,1763
- (32) Kleinewefers, VersR 64,201(202). Dieser Vertragstyp gilt nach Ziff. 5 der VO über die Nebentätigkeit der Hochschul-

Erfolg garantiert wird und das Honorar unabhängig von einem etwaigen Erfolg gezahlt werden soll.⁽³³⁾ Etwas anderes hat dann zu gelten, wenn nach dem Inhalt des Vertrages nicht nur ärztliche Hilfe, sondern tatsächlich die Herstellung eines bestimmten Erfolges versprochen oder eine Operation vereinbart ist, welche sich nach einfachen, anerkannten Operationsregeln durchführen läßt.⁽³⁴⁾ Dies läßt sich bspw. für eine Blinddarmoperation oder eine Amputation, nicht jedoch für eine schwierige Darm- oder Gallenblasenoperation sagen.

Was den Krankenhausarzt anbetrifft, dessen rechtliche Beziehungen zum Patienten uns in erster Linie interessieren, ist im Ergebnis festzuhalten, daß im Regelfall vertragliche Beziehungen nur gegenüber Privatpatienten bestehen. Schadensersatzansprüche wegen positiver Forderungsverletzung, insbesondere gestützt auf § 278 BGB, können demzufolge von Kassenpatienten nicht gegen den Krankenhausarzt geltend gemacht werden. Die Anwendbarkeit des § 278 BGB auch im ausservertraglichen Bereich der ärztlichen Haftung hat neuerdings Kleinewefers⁽³⁵⁾ zur Diskussion gestellt. Die Problematik braucht jedoch hier nicht zu interessieren, da die Rechtsprechung bislang diesen Gedanken noch nicht aufgegriffen hat.

lehrer v. 18.4.39 (RGBl. S. 796) im Verhältnis zu den Direktoren der Universitätskliniken.

- (33) Burmester S. 196; Spann S. 92 u. 175; Staudinger, Bem. 185 vor § 611 BGB ab 6. Aufl. (1928).a.A. (immer Werkvertrag) Palandt, Einführung 2b) vor § 611 BGB
- (34) So auch Larenz, Schuldrecht Bd. II S. 158; Hübner-Drost, S. 4; OLG Bamberg, VersR 56,85
- (35) NJW 63,2345 (2348); ebenso Uhlenbruck, NJW 64,2187

2. Der Deliktsanspruch

Ausserhalb der oben herausgestellten vertraglichen Beziehungen berühren sich Arzt und Patient in der reinen Deliktssphäre, was insbesondere für das Verhältnis zwischen Krankenhausarzt und Kassenpatient gilt. Dies bedeutet, daß zwischen beiden keine rechtliche Sonderverbindung besteht, die ihnen über die allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme innerhalb der sozialen Gemeinschaft hinaus besondere Verpflichtungen - als Anknüpfungspunkt spezieller Schadenersatzansprüche - auferlegt. Den Arzt trifft dem Patienten gegenüber im Rahmen dieser Rechtsbeziehung nur die allgemeine Rechtspflicht des fremden Rechtsgüterschutzes nach § 823 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof hat diese ärztliche Sorgfaltspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB folgendermaßen umschrieben: "Der Arzt ist zwar dem Kranken gegenüber zur Behandlung nicht verpflichtet, übernimmt er sie aber, so ist er verpflichtet, Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit des Kranken durch Verstöße gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft zu vermeiden".⁽³⁶⁾

Bei Vorliegen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages wird der Krankenhausarzt dem eingelieferten Patienten gegenüber allein als Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der schuldrechtlichen Verpflichtungen der Klinik tätig. Daß er den Hauptteil der vom Krankenhaus übernommenen Verpflichtung, nämlich die ärztliche Behandlung einschließlich einer eventuell erforderlich werdenden Operation, selbständig ohne Mitwirkung der Klinik als Schuldnerin durchführt, schließt die Annahme einer Erfüllungsgehilfenschaft nicht aus.⁽³⁷⁾ Die Stellung des Krankenhausarztes als Erfüllungsgehilfe des Kliniksträgers bedeutet aber, daß jener nur nach Deliktsrecht in Anspruch genommen werden kann.⁽³⁸⁾

Sofern der Krankenhausarzt selbst in zurechenbarer Weise eine Ursache für die spätere Schädigung des Patienten setzt,

(36) BGHZ 1,383(386) im Anschluß an RG WarnRspr 1916 Nr.226

(37) vgl. BGH NJW 52,257 - betr. die Aufgabe der Unterscheidung von Substitution und Gehilfenschaft.

(38) Allgemein Larenz, Schuldrecht Bd. I S. 183

haftet er unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB.

Daneben haftet der Arzt unmittelbar aus §§ 823 Abs. 1, 276 BGB, wenn er der allgemeinen Überwachungs-, Kontroll- und Unterweisungspflicht auf seiner Station schuldhaft ungenügend nachkommt. Diese allgemeine Überwachungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB ist von der Pflicht der Leitung und Überwachung einzeln übertragener Verrichtungen nach § 831 BGB zu unterscheiden.⁽³⁹⁾ Ausnahmsweise kann auch die Übertragung einer bestimmten Tätigkeit auf einen Dritten (Schwester oder jungen Assistenzarzt) als Sorgfaltsverstoß nach §§ 276, 823 Abs. 1 BGB betrachtet werden.⁽⁴⁰⁾

Eine weitere Ausdehnung der Haftung des Krankenhausarztes nach § 823 Abs. 1 BGB erfolgt dadurch, daß der Arzt bei Organisationsmängeln auf seiner Station auch für Fehler seiner Hilfspersonen aus eigenem Verschulden (§ 276 BGB) haftet. Organisationsmangel liegt nach einer Entscheidung des Reichsgerichts⁽⁴¹⁾ etwa dann vor, wenn der Arzt "keine sorgfältige und umfassende Organisation im Betrieb getroffen hat, die nach menschlichem Ermessen..... den Tod oder die körperliche Verletzung des Patienten ausschließt".

Sofern ein eigenes Verschulden des Arztes wegen Verletzung der allgemeinen Überwachungs- oder Organisationspflicht nicht nachweisbar ist, besteht die Möglichkeit eines Anspruches gegen den Arzt aus § 831 BGB. Es spielt dabei keine Rolle, daß die vom leitenden Krankenhausarzt beaufsichtigten Schwestern und Assistenzärzte in einem rechtlichen und sozialen Abhängigkeitsverhältnis allein zum übergeordneten Krankenhausträger stehen. Für die Haftung nach § 831 BGB kommt es auf die Weisungsbefugnis in ärztlichen Fragen an.⁽⁴²⁾

(39) RGZ 112,295; OLG Celle, VersR 59,525. Aus der BGH-Rspr.: BGH v. 7.3.51, auszugsweise bei Perret S. 153 Nr. 1; BGHStr 3,1

(40) Kleinewefers, VersR 64,201

(41) RGStr JW 1930, 1597

(42) Burmester S. 16; Hübner-Drost S. 17

Die weitgehende Haftung des Krankenhausarztes aus § 823 Abs. 1 BGB und § 831 BGB führt in vielen Fällen dazu, daß eine Haftung für fremdes Verschulden nach § 278 BGB entbehrlich ist, da der Patient auch ohnedies ausreichende Schadensersatzansprüche hat. Zudem kann er mit dem Vertragsanspruch kein Schmerzensgeld verlangen.⁽⁴³⁾

II. Der Haftungsmaßstab

Ob der Arzt wegen Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung zur Verantwortung gezogen wird, in beiden Fällen werden an die ärztliche Sorgfalt unter Zugrundelegung des § 276 BGB die gleichen Anforderungen gestellt wie im gesamten übrigen Vertrags- und Deliktsrecht. Nicht wird etwa im Arztrecht eine Haftungsverschärfung durch Anlegung eines strengeren Sorgfaltsmaßstabes erwogen. Der Arzt haftet wie jeder Schuldner dann auf Schadensersatz, wenn er seine Vertragspflichten oder die ihm durch § 823 Abs. 1 BGB auferlegten positiven Erhaltungspflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, wobei die Begriffe Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit als Bestandteile einmal der Rechtswidrigkeit zum anderen der Schuld zunächst systematisch auseinandergehalten werden müssen. Vertragswidrig ist gleich pflicht- oder rechtswidrig, fahrlässig ist gleich schuldhaft. Daß diese Unterscheidung theoretisch eingehalten werden muß, ist auch heute noch in Lehre und Rechtsprechung nahezu unbestritten,⁽⁴⁴⁾ wenn die Grenzen im praktischen Ergebnis auch in vielen Entscheidungen zu verschmelzen drohen.⁽⁴⁵⁾

Sofern mit dem behandelnden Arzt ein Vertrag besteht, bedarf es zunächst, um die Rechtswidrigkeit seines Tuns feststellen zu können, einer Herausarbeitung der ärztlichen Pflichten. Nicht anders verhält es sich bei einer Haftung

(43) Dies ist nur bei Vorliegen eines Deliktstatbestandes möglich, § 847 BGB.

(44) Scheffler, NJW 61,578 f mit Nachw. unter Fußn. 13)

(45) Vgl. etwa BGHZ 24,21=NJW 57,785; dazu Scheffler, NJW 61,578. Vgl. über dieses Problem auch Larenz, Schuldrecht Bd.II, S. 361 ff und Esser, Schuldrecht S. 192.

nach § 823 Abs. 1 BGB. Nur stellt sich die Pflicht des Arztes hier nicht als Vertragspflicht, sondern als eine durch die Norm des § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar begründete gesetzliche Erhaltungspflicht dar. Die Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit des ärztlichen Handelns ist nicht in jedem Fall einer mißlungenen Operation bereits dadurch indiziert, daß sich die Gewebedurchtrennung tatbestandsmäßig als "Körperverletzung" darstellt. Die Heilbehandlung, sofern sie mit Einwilligung erfolgt, ist kein typischerweise rechtswidriger Verletzungstatbestand i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB. Es bedarf daher stets der Feststellung der Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns im Einzelfall. Mit der Feststellung der Pflichtwidrigkeit ist noch nichts über das ärztliche Verschulden gesagt. Dennoch werden in fast allen einschlägigen Kommentaren die Probleme der Pflichtwidrigkeit unter § 276 BGB erörtert, der vom Verschulden handelt.⁽⁴⁶⁾ Das hängt aber weitgehend damit zusammen, daß im Zivilrecht bei den fahrlässigen Delikten die Begriffe Rechtswidrigkeit und Verschulden sehr eng miteinander verknüpft sind.

Nach § 276 BGB handelt fahrlässig, wer die "im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht läßt". Es ist eine Folge der Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes im Zivilrecht, daß man bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit wie auch der Schuldfrage auf einzelne Berufskreise und innerhalb dieser auf bestimmte Bildungsstufen abstellen muß.⁽⁴⁷⁾ Um feststellen zu können, wann der Arzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht gelassen hat, bedarf es einer Konkretisierung der ärztlichen Pflichten. Aus dieser Notwendigkeit heraus wurde der Begriff des "Kunstfehlers" geprägt. Durch die Einführung dieses Begriffes ist eine gewisse Verwirrung in der richtigen Auslegung des § 276 BGB eingetreten. Während nämlich vom Juristischen her auch im

(46) Vgl.z.B. RGRK Bd.I, II. Teil, § 276 Anm. 60) und vor § 611 Anm. 62 und 64; Soergel-Siebert, § 276 Rdz 26 ff; Palandt § 276 Anm. 4b) und Einf. vor § 611 A 2)

(47) Die Abstufung zwischen Spezialist und Allgemeinpraktiker ist anerkannt; vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963) S. 126; Scheffler, Arztverantwortung S. 51; aus der Rspr. BGH NJW 61,600.

Arztrecht keine Unklarheit über die Auslegung des § 276 BGB herrschen dürfte,⁽⁴⁸⁾ wird diese Unklarheit mit dem Begriff "Kunstfehler" von den Ärzten, die als Sachverständige im praktischen Ergebnis an Stelle der Richter über diesen Begriff zu entscheiden haben,⁽⁴⁹⁾ in die Haftpflichtprozesse hineingetragen.

Dadurch soll aber kein spezieller ärztlicher Fahrlässigkeitsbegriff geschaffen werden. Der "Kunstfehler", der nach der Rechtsprechung⁽⁵⁰⁾ die Verletzung bestimmter, in der medizinischen Wissenschaft allgemein anerkannter Regeln ist, begründet die ärztliche Pflichtwidrigkeit nach den Maßstäben des § 276 BGB.⁽⁵¹⁾ Nach dem geltenden Recht ist der "Kunstfehler" ein reines Rechtswidrigkeitsproblem. Daß beim kunstfehlerhaften Heileingriff die Rechtswidrigkeit auch deshalb gegeben ist, weil der Patient nur in die fehlerfreie Heilmaßnahme einwilligt, ändert hieran nichts. Da die Einwilligung den Eingriff "an sich" rechtmässig erscheinen läßt, bedarf es einer positiven Rechtswidrigkeitsfeststellung in Form des Kunstfehlers.

Mit der Bejahung der Pflichtwidrigkeit ist in der Regel auch die objektive Vorwerfbarkeit des ärztlichen Handelns gegeben, was allgemein für die Anwendbarkeit des § 276 BGB ausreicht. Das bedeutet aber, daß grundsätzlich jeder Kunstfehler auch fahrlässig verursacht ist und grundsätzlich ärztliche Fahrlässigkeit ohne Kunstfehler nicht denkbar ist.⁽⁵²⁾ Die Rechtsprechung, die teilweise in der Terminologie ausdrücklich zwischen Kunstfehler und Fahrlässigkeit unterscheidet,⁽⁵³⁾ hat jedoch auch Fälle von "Kunstfehlern ohne Fahrlässigkeit"⁽⁵⁴⁾ und von "Fahrlässigkeit ohne Kunstfehler"⁽⁵⁵⁾ aner-

(48) Danach kommt es auf eine durchschnittsärztliche, keine optimale Sorgfalt an -, Scheffler, Arztverantwortung S.52

(49) Jungmichel, S. 30 ff

(50) RG WarnRspr 41,29 (U.v. 21.6.40), seither st.Rspr.

(51) Scheffler, NJW 61,578

(52) Engisch, Seite 23 Anm. 1)

(53) Vgl. aus der Rspr.: BGH NJW 62,1781. OLG Hamburg, auszugsweise bei Perret S.104 Nr.2 (U.v.31.3.57), setzt beide Begriffe gleich.

(54) s. RG HRR 1931 Nr. 1748; RGRK S. 823 Anm. 10)

(55) RG WarnRspr 41,29; RG HRR 31,1748; RG JW 35,115 Nr. 3;

kannt. Während also im Zivilrecht grundsätzlich die Vorwerfbarkeit nicht individuell, sondern typisiert zu verstehen ist, sind Fälle denkbar, wo allein die Wertung der individuellen Sorgfalt über die ärztliche Haftung entscheidet.

III. Das haftungsbegründende Ereignis

1. Juristische Qualifizierung des haftungsbegründenden Ereignisses nach § 823 Abs. 1 BGB

Gleich ob der Arzt persönlich lediglich aus unerlaubter Handlung oder wegen der Verletzung eines privaten Werk- oder Dienstvertrages haftet, in beiden Fällen müssen als Haftungsvoraussetzungen die tatsächlichen Umstände vorliegen, welche tatbestandliche Voraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB sind. Das rührt aber daher, daß immer dann, wenn der Arzt eine vertragliche Pflicht verletzt, welche zum Schutz des körperlichen Wohls des Patienten besteht, zugleich auch der Körper bzw. die Gesundheit als nach § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützte Rechtsgüter verletzt werden. Beim eigenmächtigen Heileingriff, sofern der Arzt seiner vertraglichen Aufklärungspflicht zuwider handelt, wird das Entschliessungsrecht des Patienten als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB verletzt. Es liegt also immer dann, wenn zwischen Arzt und Patient vertragliche Beziehungen bestehen und der Patient schuldhaft geschädigt wird, der Fall einer Anspruchs Konkurrenz vor. Das war früher nicht unbestritten. Fromherz⁽⁵⁶⁾ beispielsweise unternahm den Versuch, die Deliktsvorschriften für die Arzthaftung insoweit auszuschließen, als sich der Patient freiwillig aufgrund einer vertraglichen Absprache in ärztliche Behandlung begeben und damit der Möglichkeit ausgesetzt hat, durch einen Kunstfehler an der Gesundheit geschädigt zu werden. Bei Vorliegen eines Arztvertrages sei also insbesondere ein Schmerzensgeldanspruch gegen den Arzt auch bei kunstfehlerhafter Heilbehandlung ausgeschlossen, da der Patient in dem Behandlungsvertrag auf den strengen

BGHZ 4,144; BGHZ 8,138(140) = VersR 53,67; BGH VersR 56,714
(56) ArchCivPr Bd. 108,435

Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB verzichtet habe. Diese Ansicht vermochte sich in der Literatur nicht durchzusetzen und auch die Rechtsprechung erkannte sie nicht an.⁽⁵⁷⁾ Sie verkennt m.E., daß es für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens unerheblich ist, ob der Verletzte sich freiwillig oder zufällig in den Gefahrenbereich des Schädigers begeben hat. § 823 Abs. 1 BGB knüpft jedoch die Haftungsfolge allein an die rechtswidrige und schuldhaftة Rechtsverletzung an. Da eine vertragliche Pflichtverletzung des Arztes regelmäßig auch eine Rechtsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt, sind bei Ersatzansprüchen wegen Schädigungen, die sich als Operationsfolgen bzw. unmittelbare Eingriffsfolgen darstellen, stets die objektiven Voraussetzungen einer Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB in der Auslegung zu prüfen, wie diese durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Anlehnung an die jüngsten strafrechtlichen Thesen bestimmt wurde, und zwar unabhängig davon, ob ein Vertrag zu dem Krankenhausarzt besteht oder nicht. Anders verhält es sich natürlich bei Handlungen, denen der spezifisch-ärztliche Charakter fehlt. Hier kann eine Vertragsverletzung auch vorliegen, ohne daß § 823 Abs. 1 BGB gegeben ist.⁽⁵⁸⁾

2. Die "Körperverletzung" i.S.d. § 823 Abs.1 BGB als
Auffangtatbestand für sowohl kunstfehlerhafte als
auch eigenmächtige Heileingriffe

Die Rechtsprechung ordnet den ärztlichen Heileingriff schlechterdings unter den Körperverletzungstatbestand der abstrakten Haftungsnorm des § 823 Abs. 1 BGB ein, ohne innerhalb der Haftungsnorm Differenzierungen zwischen eigenmächtigem und kunstfehlerhaftem Heileingriff zu machen. Beide Fälle werden unter die 'Körperverletzung' subsumiert, geschütztes Rechtsgut ist daher der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich erwähnte Körper. Das rührt daher, daß die gesamte

(57) Ablehnend insbesondere RGZ 85,184, nachdem RG JW 1911, 449 Nr. 17 bereits allgemein die Vertrags- und Delikts-haftung kumulierte. Aus der neuere Rspr.vgl. BGH NJW 59,2299=JZ 59,773; BGHZ 29,46; BGHZ 29,176.

(58) Bspw. bei Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht.

Problematik der Heilbehandlung nach dem geltenden Zivil- und Strafrecht an der Einwilligung des Patienten orientiert ist.⁽⁵⁹⁾ Um die Fälle der eigenmächtigen Heilbehandlung strafrechtlich erfassen zu können, wird auch der eigenmächtige Heileingriff in bewußter Verkenntung des in Wahrheit geschützten Rechtsguts juristisch als Körperverletzung gewertet, und zwar gleichermaßen strafrechtlich wie zivilrechtlich. Es wird dabei ausser acht gelassen, daß das Zivilrecht feinere Differenzierungsmöglichkeiten kennt und den eigenmächtigen Heileingriff im zivilen Schadensersatzrecht auch ohne Zuhilfenahme einer Körperverletzungstheorie erfassen könnte.

Demzufolge muß die Operationseinwilligung des Patienten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB verschieden beurteilt werden, je nachdem es sich um einen kunstfehlerhaften oder eigenmächtigen Heileingriff handelt. Denn während für den kunstfehlerhaften Eingriff die Operationseinwilligung deshalb keinen Rechtfertigungsgrund gibt, weil der Patient nur in die gelingende, mindestens jedoch kunstfehlerfreie Heilmaßnahme einwilligt,⁽⁶⁰⁾ rechtfertigt sie den eigenmächtigen Heileingriff deshalb nicht, weil sie entweder überhaupt fehlt oder mangels Aufklärung unwirksam ist. Sofern der Patient mit dem Eingriff einverstanden und die Einwilligung nach erfolgter Aufklärung wirksam ist, ist für die Annahme eines eigenmächtigen Heileingriffs unabhängig von dem Gelingen der Operation kein Platz. Sonst wäre jeder mißglückende Eingriff mangels Einwilligung in den konkreten Verletzungserfolg unabhängig von einem Kunstfehler eigenmächtig und daher der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt.

3. Der eigenmächtige Heileingriff und seine Einordnung in das Haftungssystem des BGB

a) Der Begriff des eigenmächtigen Heileingriffs

Unter einer eigenmächtigen versteht man eine solche

(59) Vgl. hierzu Schmidt, Gutachten S. 94 Nr. 104 mit Rspr. Nachw. unter Fußn. 194 a)

(60) Schmidt, Gutachten S. 160 Nr. 204

Heilbehandlung, die zwar nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft geboten (indiziert) und auch kunstgerecht durchgeführt ist,⁽⁶¹⁾ die aber infolge fehlender oder rechtlich unwirksamer Einwilligung des Patienten rechtswidrig ist. Das Recht des Patienten, über sein körperliches Wohlergehen auch aus medizinisch nicht vertretbaren Gründen frei entscheiden zu können, ist seit RGStr 25,375 in ständiger Rechtsprechung als schutzwürdiges Persönlichkeitsrecht anerkannt worden,⁽⁶²⁾ wodurch ausdrücklich ein ärztliches Behandlungsrecht aus dem medizinischen Gebotensein des Eingriffs heraus abgelehnt wurde.⁽⁶³⁾ Nur diejenige Einwilligung, die der Patient in voller Erkenntnis der möglichen Auswirkungen des Eingriffs und in bewußter Abwägung des Für und Wider abgibt, ist als rechtlich relevante Operationseinwilligung anzuerkennen, die dem unmittelbaren ärztlichen Eingriff seine Rechtfertigung gibt. Aus diesen Gründen hat die Rechtsprechung teilweise strenge Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht gestellt.⁽⁶⁴⁾

Versäumt es der Arzt, eine wirksame Operationseinwilligung einzuholen, so ist der Eingriff eigenmächtig und daher rechtswidrig. Der Kern des Persönlichkeits-schutzes beim eigenmächtigen Heileingriff ist darin zu erblicken, daß der Arzt dem Patienten das Operationsrisiko, das mit der Heilmaßnahme notwendigerweise oder im besonderen verbunden ist, auch aus medizinisch gerechtfertigten Gründen nicht aufzwingen und ihm die freie Entscheidung über einen Eingriff in die Körperintegrität nicht vorenthalten darf.

-
- (61) Gerade und ausschließlich die fehlerfreie ärztliche Heilmaßnahme ist Ansatzpunkt für die juristische Bewertung eines Eingriffs als eigenmächtig, die fehlerhafte Maßnahme muß aus diesem Komplex vollständig ausgesondert werden, Schmidt, Gutachten S. 160 Nr. 204
- (62) Wenn dieser Gedanke des Persönlichkeitsschutzes unter Zugrundelegung des Artikel 2 GG auch erst in BGH NJW 56,1106 in dieser Deutlichkeit zum Ausdruck kam.
- (63) Hierzu kritisch Schmidt, Gutachten S. 33
- (64) Ob die ärztliche Aufklärungspflicht im neuen StGB eine gesetzliche Berücksichtigung finden wird, ist bislang ungewiß, wenn auch die Regelung im E 1962 vorgesehen ist.

b) Der Begriff des Operationsrisikos

Die ärztliche Aufklärung richtet sich nach der Intensität des Operationsrisikos, das mit dem jeweiligen Eingriff verbunden ist. In diesem Zusammenhang wurde von der Rechtsprechung eine Differenzierung zwischen 'allgemeinem' und 'speziellem oder typischem' Operationsrisiko vorgenommen.

Unter 'allgemeinem oder atypischem Operationsrisiko', über welches der Arzt den Patienten regelmässig nicht aufzuklären braucht, wird in diesem Zusammenhang dasjenige Risiko verstanden, das mit schlechthin jedem Eingriff verbunden ist.⁽⁶⁵⁾ So wird man unter allgemeinem Operationsrisiko diejenigen Gefahren zu verstehen haben, die, wenn sie auftreten, entweder den Charakter unbeherrschbarer Zufälligkeiten haben oder denen der Arzt erfahrungsgemäß mit den Mitteln der ärztlichen Kunst ohne weiteres zu begegnen vermag.⁽⁶⁶⁾

Unter 'speziellem oder typischem Operationsrisiko' versteht man im Gegensatz hierzu die typischen Gefahren einer bestimmten Operation.⁽⁶⁷⁾ Dabei ist die Meinung, wie man die Typizität bestimmen soll, nicht einhellig. Der Bundesgerichtshof bestimmt entgegen der Rechtsprechung vor 1945 die Typizität durch prozentuale Berechnung der Komplikationsdichte.⁽⁶⁸⁾ Dabei besteht eine Nuancierung insoweit, als es nach der neueren Rechtsprechung⁽⁶⁹⁾ auf die der betreffenden Operation "besonders eigentümlichen und für sie typischen Operationsfolgen" ankommt.

(65) Vgl. etwa KG, U.v. 7.11.35, auszugsweise bei Perret S. 21 Nr. 12; RG, U.v. 22.12.39, auszugsweise bei Perret "Aufklärungspflicht bei Operationen", Zbl. Chir. 41, 57; OLG Hamm, VersR 55,125 (126)

(66) Bockelmann, LArchKlinChir Bd. 298, 862 f; BGHZ 29,46

(67) Bockelmann, aaO. S. 862f

(68) Bspw. das 1. Elektroschockurteil v. 10.7.54, NJW 56,1106 und BGH VersR 56,479

(69) So die Urteile des VI.Senats vom 26.9.61 (NJW 62, 2302 = MDR 62,45) und vom 29.9.61 (NJW 62,2303 = MDR 62,44)

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, die Probleme der Aufklärungspflicht genauer darzulegen.⁽⁷⁰⁾ Terminologisch ist als Ausgangspunkt der weiteren Erörterungen jedoch wichtig, den Unterschied zwischen allgemeinem und besonderem Operationsrisiko zu kennen. Eine Aufklärungspflicht wird nach h.A. nur bei Vorliegen eines besonderen Operationsrisikos verlangt.

c) Die rechtliche Natur der Operationseinwilligung

Das Reichsgericht hat in einem Urteil aus dem Jahre 1911⁽⁷¹⁾ die Frage offen gelassen, ob die Operationseinwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter hat, demzufolge also Geschäftsfähigkeit voraussetzt. Es vertrat in diesem Urteil die Auffassung, auch wenn die Einwilligung nur eine "tatsächliche Erklärung" sei, so genüge das Einverständnis eines Minderjährigen a l l e i n selbst dann nicht, wenn er "eine gewisse Verstandesreife" erlangt habe. Die Einwilligung der Eltern müsse wegen der Tragweite der Entscheidung in jedem Fall verlangt werden.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 25.9.52⁽⁷²⁾ zunächst zum rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung bekannt. Das 1. Elektroschockurteil vom 10.7.54 läßt die Frage offen, während sich der VI.Senat in der Entscheidung vom 5.12.58⁽⁷³⁾ der in der Literatur heute h.A.⁽⁷⁴⁾ angeschlossen hat, daß die Operationseinwilligung eine Gestattung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen sei. Sonach kommt es nicht auf den rechtsgeschäftlichen sondern den tatsächlichen Willen des Minderjährigen an,⁽⁷⁵⁾ wobei jedoch unter Umständen zum Schutze des Jugendlichen die §§ 107 ff BGB analog anzuwenden sind.⁽⁷⁶⁾

(70) Vgl. hierzu Schmidt, Gutachten, S. 114 ff

(71) in JW 1911,748 Nr. 2

(72) BGHZ 7,198

(73) BGHZ 29,33 = NJW 59,811

(74) Engisch, ZStrW Bd.58,38; Larenz, Schuldrecht Bd.II,340

(75) OLG München NJW 58,633

(76) So BGHZ 29,33 - aber einschränkend nur für den Fall,

d) Die möglichen Fälle des eigenmächtigen Heileingriffs

Zunächst muß man zwei große Fallgruppen unterscheiden. Unter die erste fallen alle eigenmächtigen Heileingriffe, bei denen der Arzt für die konkrete Behandlung überhaupt keine Einwilligung des Kranken eingeholt hat. Die andere Gruppe umfaßt die Fälle, bei denen zwar die Zustimmung zur konkreten ärztlichen Maßnahme vorliegt, diese Zustimmung jedoch aufgrund unzureichender Belehrung über das Operationsrisiko erteilt wurde. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Fällen eigenmächtiger Heilbehandlung liegt im wesentlichen in der verschiedenartigen Beurteilung des Einwandes der sog. überholenden Kausalität. (77)

Bedeutsamer ist die Trennung der Fälle, bei denen lediglich die "voluntas aegroti" verletzt ist, die also den Gesundheitszustand des Patienten objektiv bessern von denjenigen, welche objektiv mißglücken und somit neben dem Persönlichkeitsrecht zusätzlich das Recht der körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigen. Einmal kann der unmittelbare, fehlerfrei durchgeführte Eingriff nicht zum gewünschten Erfolg führen bzw. eine Verschlimmerung des ursprünglichen Leidens hervorrufen, zum anderen können unvorhergesehene Operationskomplikationen auftreten, die sich als Verwirklichung entweder des allgemeinen oder des speziellen Operationsrisikos darstellen.

Als juristischer Ausgangspunkt für eine haftungsrechtliche Beurteilung des eigenmächtigen Heileingriffs empfiehlt sich daher eine Gliederung in einzelne Fallgruppen.

Grundfall I: Der Patient wird operiert, (78) ohne daß überhaupt eine Einwilligung zu diesem konkreten Eingriff vorliegt.

daß die Eltern-Einwilligung aus den Schutzinteressen des Jugendlichen heraus wirklich erforderlich ist.

(77) RGZ 163,129 (138): S. über dieses Problem im einzelnen u. S.85 f.

(78) Es soll von der Operation als der einschneidensten Maßnahme ausgegangen werden.

- Fall 1: Der Eingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos.
- Fall 2: Der Eingriff mißglückt bzw. es treten Nebenkomplicationen auf, die sich als Verwirklichung des allgemeinen, unbeherrschbaren Operationsrisikos darstellen.

Fall 3: Abwandlung des Grundfalles 1:

Der ohne Einwilligung vorgenommene Eingriff birgt zusätzlich ein besonderes Operationsrisiko, über das hätte aufgeklärt werden müssen.

- Fall 3a): Der Eingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos (wie Fall 1).

- Fall 3b): Der Eingriff mißglückt bzw. es treten Nebenkomplicationen auf, die sich als Verwirklichung des allgemeinen, unbeherrschbaren Operationsrisikos darstellen (wie Fall 2).

- Fall 3c): Der Eingriff mißlingt, indem sich das besondere Operationsrisiko verwirklicht.

Grundfall II: Sog. erweiterter Eingriff: Im Verlauf der Operation stellt sich heraus, daß die ursprüngliche Diagnose falsch war. Es wird eine erweiterte operative Maßnahme durchgeführt, die mit dem Patienten nicht abgesprochen war.

- Fall 4: Der erweiterte Eingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos (wie Fall 1).

- Fall 5: Der erweiterte Eingriff mißlingt bzw. es treten unerwünschte Nebenfolgen im Rahmen des unbeherrschbaren Operationsrisikos auf.

Fall 6: Abwandlung des Grundfalles II:

Der erweiterte Eingriff birgt zusätzlich ein besonderes Operationsrisiko, über das hätte aufgeklärt werden müssen (wie Fall 3).

- Fall 6a): Der Eingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos (wie Fall 3a).

- Fall 6b): Der Eingriff mißglückt bzw. es treten unerwünschte Nebenfolgen im Rahmen des unbeherrschbaren Operationsrisikos auf (wie Fall 3b).

- Fall 6c): Der Eingriff mißlingt, indem sich das besondere Operationsrisiko verwirklicht (wie Fall 3c).

- Grundfall III: Der Arzt erhält zu dem konkreten Eingriff die Zustimmung. Dieser Eingriff birgt jedoch ein besonderes Operationsrisiko, über das aufzuklären wäre.
- Fall 7: Der Eingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos.
- Fall 8: Der Eingriff mißglückt, indem sich das unbeherrschbare Operationsrisiko verwirklicht.
- Fall 9: Der Eingriff mißlingt, indem sich das besondere Operationsrisiko verwirklicht.

Aus dieser Aufstellung von verschiedenartigsten Varianten des eigenmächtigen Heileingriffs lassen sich folgende drei stetig wiederkehrende Fälle herauschälen: 1: Der eigenmächtige Heileingriff gelingt und verläuft völlig komplikationslos, es verbleiben nur die unmittelbaren Operationsfolgen. - 2: Der eigenmächtige Heileingriff mißlingt ohne ärztliches Verschulden, weil eine unerwünschte Operationsnebenfolge als verwirklichtes allgemeines Operationsrisiko auftritt, - und 3: Der eigenmächtige Heileingriff mißlingt, weil sich das mit dem Eingriff verbundene besondere Operationsrisiko verwirklicht hat. Auch im Falle des gelungenen eigenmächtigen Heileingriffs können "schädigende" Eingriffsfolgen verbleiben; man denke an die Amputation, die abgenommene Brust bei Mammakarzinom, die resezierte Gebärmutter bei Uteruskarzinom. In allen Fällen eigenmächtiger Heilbehandlung ist also zumindest im Ausgangspunkt ein ersatzfähiger Schaden vorhanden. Ob die einzeln aufgezeigten Fälle der eigenmächtigen Heilbehandlung, die zweifellos allesamt rechtswidrig sind, verschiedenartig in unser Haftungssystem einzuordnen sind und gegebenenfalls unterschiedliche Haftungsfolgen nach sich ziehen, bleibt zu untersuchen.

e) Die Einordnung des eigenmächtigen Heileingriffs unter den Haftungstatbestand des § 823 Abs.1 BGB

Bei der Einordnung des eigenmächtigen Heileingriffs unter den Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB macht es keinen Unterschied, ob der Eingriff deshalb eigenmächtig ist, weil die Einwilligung überhaupt fehlt, oder ob der Eingriff

nur infolge unwirksamer Einwilligung widerrechtlich ist.

(79) Nach der "Körperverletzungstheorie", welche die Rechtsprechung bei der rechtlichen Erfassung des ärztlichen Eingriffs vertritt, ist jede Gewebedurchtrennung tatbestandsmässig Körperverletzung und kann nur durch eine wirksame Einwilligung gerechtfertigt werden. Es ist daher gleichgültig für die Annahme eines eigenmächtigen Heileingriffes, aus welchen Gründen eine wirksame Einwilligung fehlt.

Da sich die Operation aus mehreren Phasen zusammensetzt, der Arzt nicht nur einmal wie der Messerstecher einen einzigen Schnitt oder Stich ausführt, ist juristisch gesehen jede einzelne Operationsphase gesondert zu betrachten und als selbständige "Verletzungshandlung" zu werten, die von der wirksamen Operationseinwilligung gedeckt sein muß. Jede Operationsphase, die nicht von ihr gedeckt ist, ist somit ein geeignetes Schadensereignis, auf das sich die schädigende End- oder Nebenfolge zurückführen läßt.⁽⁸⁰⁾ Schädigende End- oder Nebenfolge ist dabei j e d e unerwünschte Komplikation, gleich ob sie sich als unmittelbare Eingriffsfolge oder als Folge eines realisierten allgemeinen oder besonderen Operationsrisikos darstellt. Die Operationseinwilligung muß demnach beim eigenmächtigen Heileingriff für jeden Augenblick des Eingriffs, für jede seiner Phasen geprüft werden. Anders verhält es sich beim kunstfehlerhaften Heileingriff. Hier spielt die Operationseinwilligung lediglich eine Rolle als auf den gesamten Eingriff bezogen. Dieser ist auch im Falle seines Mißlingens "an sich" rechtmässig und die Einhaltung der ärztlichen Pflichten muß ausschließlich über Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs entscheiden. Aus der "Körperverletzungstheorie" zum Heileingriff muß zwar streng dogmatisch gefolgert werden, daß der Patient in die seinem Gesamtgesundheitszustand nicht förderliche ärztliche Maßnahme

(79) Dies kann, wie RGZ 163,139 ausführt, lediglich eine Rolle spielen für den Einwand der "überholenden Kausalität", wenn der Arzt vorträgt, der Patient hätte sich auch ohne Aufklärung von ihm operieren lassen.
S. u. S. 85

(80) RGZ 163,129 (138): Schadenstiftendes Ereignis ist

nicht eingewilligt hat⁽⁸¹⁾ und die Rechtswidrigkeit schon deshalb gegeben ist. Dadurch wird der mißglückte Eingriff jedoch nicht zur haftungsrechtlich relevanten Körperverletzung, solange nicht ein Kunstfehler positiv festgestellt ist.

Die Rechtswidrigkeit des eigenmächtigen Heileingriffs wird durch die fehlende wirksame Operationseinwilligung indiziert. Sie kann durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund, etwa übergesetzlichen Notstand, ausnahmsweise beseitigt werden.⁽⁸²⁾

Damit der Arzt wegen eigenmächtiger Heilbehandlung zum Schadensersatz herangezogen werden kann, muß er darüber hinaus schuldhaft gehandelt haben, wobei sich seine Schuld nach § 276 BGB richtet. Bei der Beurteilung des eigenmächtigen Heileingriffs zeigt sich nun sogleich, daß andere Voraussetzungen an das Verschulden gestellt werden als beim kunstfehlerhaften Heileingriff. Beim eigenmächtigen Heileingriff liegt das haftungsbegründende Verschulden des Arztes bereits darin, daß er eingreift, obwohl er weiß oder wissen muß, daß keine wirksame Einwilligung vorliegt. Der Arzt kann sich mit Erfolg nur dann exculpieren, wenn er sich in einem sog. beachtlichen Verbotsirrtum befand, der bekanntlich im Zivilrecht in jedem Fall den Vorsatz ausschließt,⁽⁸³⁾ bei völliger Beachtlichkeit auch die Fahrlässigkeit,⁽⁸⁴⁾ d.h. annehmen durfte, er sei auch ohne jede Aufklärung oder ohne Einwilligung zur Operationsdurchführung berechtigt.⁽⁸⁵⁾

eben die Vornahme des Eingriffs selbst.

(81) Schmidt, Gutachten S. 160 Nr. 204

(82) Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 113 ff

(83) h.M.; vgl. statt aller Larenz, Schuldrecht Bd. I S.176

(84) vgl. aus der Rechtspr.: RG JW 1907,505 Nr.2; RGZ 68,431

(85) BGH NJW 56,1106 (1. Elektroschockurteil).

Nach BGH MDR 62,461 finden die strafrechtlichen Grundsätze betreffend den Verbotsirrtum - insbesondere die Abgrenzung Vermeidbarkeit - Unvermeidbarkeit - auch im Zivilrecht bei Verletzung des § 823 Abs.II BGB i.V.m. dem strafrechtlichen Schutzgesetz Anwendung. Das muß allgemein dann gelten, wenn nach § 823 Abs.1 BGB ein absolutes Recht verletzt wird, das auch strafrechtlichen Schutz genießt.

Einen etwaigen Kunstfehler setzt die Haftung darüber hinaus nicht voraus. Das ist von der Rechtsprechung mehrfach betont worden und heute wohl einhellige Ansicht.⁽⁸⁶⁾ Das Verschulden des Arztes braucht sich daher nicht auf die Behandlung selbst und etwaige durch sie verursachte Komplikationen zu beziehen.

Der eingetretene Schaden ist dann zu ersetzen, wenn sein Eintritt nicht ausserhalb jeder Lebenserfahrung gelegen ist.⁽⁸⁷⁾ Die ärztliche Haftung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung wird also im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB wie jede Schadenshaftung lediglich durch das Erfordernis der adäquaten, haftungsausfüllenden Kausalität begrenzt. Auch das Reichsgericht⁽⁸⁸⁾ sowie der Bundesgerichtshof⁽⁸⁹⁾ erwähnen die Adäquanzformel zur Haftungsbegrenzung beim eigenmächtigen Heileingriff, wenn auch in den dort unterschiedenen Fällen der Schaden in dem verwirklichten besonderen Operationsrisiko (BGH) bzw. in den unmittelbaren Eingriffsfolgen eines ohne Einwilligung erfolgten Eingriffs (RG) gegeben war, nicht dagegen in den unbeherrschbaren Operationskomplikationen.⁽⁹⁰⁾ Nur in den seltensten Fällen wird eine Haftungsbegrenzung zugunsten des Arztes wegen fehlender Adäquanz in Frage kommen. Sofern sich ein besonderes Operationsrisiko verwirklicht, über das der Arzt nicht aufgeklärt hat, ist der Schaden mit dem rechtswidrigen Handeln sogar wesensmässig verbunden.⁽⁹¹⁾ Aber

(86) RGZ 163,129; BGH NJW 59,2299; BGHZ 29,176 -,st.Rspr.

(87) Vgl. die Adäquanzformel bei Enn.-Lehm., § 15 mit Nachw.

(88) RGZ 163,129

(89) BGH NJW 59,2299 = JZ 59,773; BGHZ 29,176

(90) Im Urteil v. 10.7.59 hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, wo der Patient nach einer ohne wirksame Einwilligung vorgenommenen Glaskörperabsaugung am linken Auge erblindete. Die Erblindung wurde als diesem Eingriff typisches Risiko angesehen. RGZ 163,129 behandelte den Fall einer Brustabnahme, wo nur die Einwilligung zum Herausschneiden eines Brustknotens vorlag. BGHZ 29,176 schließlich behandelte die Folgen einer Gebärmutterkrebs-Bestrahlung. Die Folgen - Verbrennungen am Scheideneingang - waren typisches Operationsrisiko.

(91) So BGH v. 10.7.59, NJW 59,2299 = JZ 59,773

auch die regelmässig unbeherrschbaren Operationskomplikationen, die sich als Verwirklichung des allgemeinen Operationsrisikos darstellen, sind in aller Regel ein nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzender Schaden, da ihr Eintritt nicht ausserhalb jeder - ärztlichen - Lebenserfahrung liegt. Hierin zeigt sich einmal mehr die Intensität des ärztlichen Haftungsrisikos.

Würde man für Schäden, die durch **unbeherrschbare** Operationskomplikationen verursacht werden, die Adäquanz und damit die ärztliche Haftung verneinen, so hiesse das, daß der Arzt nur soweit haftet, wie seine Aufklärungspflicht reicht. Während jedoch die Aufklärungspflicht nach der Rechtsprechung die entfernt liegenden Risiken nicht umfaßt,⁽⁹²⁾ ist die Frage nach der Haftung für eingetretene Nebenfolgen eine solche der haftungsausfüllenden Kausalität, die grundsätzlich nicht vom ärztlichen Verschulden umfaßt zu sein braucht. Die Haftung des Arztes wegen mangelnder Aufklärungspflicht geht weiter als seine Aufklärungspflicht selbst.

Damit trägt der Arzt im Falle eines eigenmächtigen Heileingriffs im praktischen Ergebnis nicht nur das besondere Operationsrisiko bei typischerweise gefährlichen Eingriffen, sondern bei jeder eigenmächtigen Behandlung auch das allgemeine Schadensrisiko. Hierzu führt der Bundesgerichtshof in seinem bereits mehrfach zitierten Urteil vom 10.7.59 aus: "Durfte der Beklagte beim Fehlen einer wirksamen Einwilligung und nach dem Arztvertrag den Eingriff überhaupt nicht vornehmen, so hat er das Risiko und die Folgen seines rechtswidrigen Eingriffs in die körperliche Integrität des Klägers zu tragen." Auch das Reichsgericht sagte hierzu im gleichen Sinne im 163ten Band auf Seite 139: Da der Arzt ohne Einwilligung operierte, überschritt er die Grenzen des rechtlich und vertraglich Zulässigen und nahm damit die Folgen auf sich, die sich daraus ergeben konnten, daß der Eingriff überhaupt vorgenommen wurde.

(92) Bspw. BGHZ 29,49 und 176

Die weitgehende Haftung des Arztes bei eigenmächtiger Heilbehandlung ist eine Folge des im BGB streng durchgeführten 'Alles-Oder-Nichts-Prinzips' des Schadensersatzrechts. Das läuft im Ergebnis auf eine Garantiehaftung für den im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität liegenden Schaden hinaus, weil durch die Besonderheit des ärztlichen Eingriffs und seiner möglichen Folgen die in anderen Fällen einer Deliktshaftung erreichbare Haftungsbegrenzung wegen fehlender Adäquanz keine praktische Bedeutung gewinnen kann.⁽⁹³⁾

4. Der kunstfehlerhafte Heileingriff und seine Einordnung in das Haftungssystem des BGB

a) Der Begriff des kunstfehlerhaften Heileingriffs

Unter einem kunstfehlerhaft durchgeführten soll im Gegensatz zum eigenmächtigen Heileingriff eine solche medizinische Heilbehandlung verstanden werden, die an sich rechtmäßig wäre, weil sie von der infolge vorheriger Aufklärung relevanten Einwilligung gedeckt ist, die aber infolge ärztlichen Verschuldens nicht zum gewünschten Heilerfolg führt oder in deren Verlauf eine unerwünschte Nebenkomplikation auftritt, die bei gehöriger Beachtung der in der medizinischen Wissenschaft allgemein anerkannten Regeln hätte vermieden werden können.⁽⁹⁴⁾

Der erste Fall, der hier interessiert, ist der des medizinisch nicht indizierten Eingriffs. Hier besteht jedoch insoweit eine juristische Besonderheit, als dieser Eingriff ausnahmsweise durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann, wenn der Patient die fehlende Indikation kennt. Auch unter Berücksichtigung der kommenden Strafrechtsreform muß hier die Einwilligung helfen, da der in § 161 EntwStGB verankerte Rechtfertigungsgrund der kunstfehlerfreien Heilmaßnahme hier nicht durchgreifen kann.

(93) Zumindest nicht für Körperschäden, die auf die Behandlung zurückgeführt werden können; etwas anderes gilt bspw., wenn der Amputierte nach Jahren die Treppe herunterfällt. Dies ist echtes Adäquanzproblem.

(94) RG WarnRspr 41,29; BGHZ 8,138 = VersR 53,67

Gleichermaßen fällt unter den kunstfehlerhaften Eingriff die Unterlassung eines medizinisch indizierten Eingriffs, wenn dem Arzt aufgrund der konkreten Umstände (Vertrag, Behandlung im Krankenhausbetrieb) die kunstgerechte Behandlung oblag.

Die dritte Gruppe der kunstfehlerhaften Heileingriffe umfaßt die "mißglückte Behandlung", die auf einen ärztlichen Verstoß gegen die Kunstregeln zurückzuführen ist. Nach Schmidt⁽⁹⁵⁾ umfaßt die mißglückte Heilbehandlung⁽⁹⁶⁾ folgende Fälle:

- Fall 1: Der Patient übersteht die Operation nicht; der Eingriff führt mit all seinen Begleitumständen zum Tod.
- Fall 2: Die vom Arzt "ex ante" erwartete Heilwirkung der vorgenommenen Behandlung tritt nicht ein. Der Patient wird von seinem Leiden nicht befreit, darüber hinaus verschlimmert sich sein Gesamtgesundheitszustand.
- Fall 3: Der unmittelbare Eingriff gelingt, es treten jedoch unerwünschte Nebenkomplikationen auf, die bei kunstgerechter Behandlung hätten vermieden werden können.
- Fall 4: Der unmittelbare Eingriff führt nicht zum gewünschten Heilerfolg und ausserdem treten unerwünschte Nebenkomplikationen auf; beides beruht auf einer falschen Therapie.

b) Die Einordnung des kunstfehlerhaften Heileingriffs unter den Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB

Die Haftung wegen Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt dreierlei voraus: Einen Verletzungstatbestand, Rechtswidrigkeit und Verschulden. Als Verletzungstatbestand

(95) Gutachten S. 147

(96) Schmidt gebraucht den Begriff der 'mißglückenden Operation', um die Grenzen des schicksalsmässig ungünstig verlaufenden Eingriffs zur kunstfehlerhaften Behandlung zu ziehen. Doch auch der kunstfehlerhafte Heileingriff setzt im objektiven Tatbestand eine mißglückte Behandlung voraus, weil der erwünschte Erfolg nicht eingetreten ist; so wohl auch Rabel, S. 10, Anm. 2.

oder haftungsbegründendes Ereignis, welches vom Verschulden des Schädigers umfaßt sein muß, bezeichnet man den auf einer menschlichen Handlung beruhenden Verletzungserfolg an einem Rechtsgut, welcher einen weitergehenden Schaden verursacht.⁽⁹⁷⁾ Zwar kann haftungsbegründendes Ereignis i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB nur ein rechtswidriger Vorgang sein,⁽⁹⁸⁾ einer positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit bedarf es jedoch bei Körperverletzungen im Rahmen der Deliktssphäre nicht, weil diese typischerweise rechtswidrig sind.⁽⁹⁹⁾

Die fehlerfreie und gelingende Heilmaßnahme, die mit Einwilligung des Patienten erfolgt, ist für das zivile Haftungsrecht bereits tatbestandsmäßig irrelevant. Zwar ist nach der in der Rechtsprechung nach wie vor vertretenen Ansicht jede Gewebedurchtrennung - auch die medizinisch indizierte - objektiv Körperverletzung; dennoch ist die fehlerfreie, gelingende Heilmaßnahme damit nicht haftungsbegründender Verletzungstatbestand i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB mit der Folge, daß eine Schadenshaftung lediglich mangels Vorliegens der weiteren Haftungsvoraussetzungen (Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden) entfällt. Der gelingende Heileingriff ist kein Verletzungstatbestand nach § 823 Abs. 1 BGB, weil es an der typischen Rechtswidrigkeit und an der ursächlichen Wirkung für einen Schaden fehlt.⁽¹⁰⁰⁾

Die mißglückende Heilbehandlung allein ist Anknüpfungspunkt für das Vorliegen eines kunstfehlerhaften Eingriffs und daher auch - in diesem Rahmen - einer Körperverletzung; denn nur sie verursacht einen vom Heilplan abweichenden Zustand der Körperintegrität, welcher Ursprung einer weiteren

(97) Vgl. Esser, Schuldrecht, § 60 1b); Verletzungstatbestand ist dabei nicht allein der Verletzungserfolg, sondern der rechtswidrige Vorgang, der diesen Erfolg adäquat ursächlich herbeiführt, Larenz, Schuldrecht Bd. I S. 149.

(98) Larenz, Schuldrecht Bd. I S. 149

(99) Esser, Schuldrecht, § 201 4c)

(100) Dies sind Voraussetzungen des sog. Verletzungstatbestandes: Esser, Schuldrecht, § 60 1b)

Kette von Schadensfolgen (materieller wie immaterieller Art) sein kann. Haftungsbegründendes Ereignis ist beim kunstfehlerhaften Eingriff diejenige ärztliche Handlung (Stich, Schnitt) oder dasjenige Unterlassen im Rahmen der gesamten Behandlung, welches infolge Kunstfehlers zu dem vom geplanten Heilverlauf abweichenden Mißerfolg führt.⁽¹⁰¹⁾ Die Frage, ob eine Körperverletzung als haftungsbegründendes Ereignis vorliegt, ist ausserhalb des eigenmächtigen Heileingriffes von dem Vorliegen eines Kunstfehlers abhängig. Denn Verletzungstatbestand i.S. d. § 823 Abs. 1 BGB ist nur die rechtswidrige Körperverletzung; das ist die rein schicksalsmässig mißglückende Operation nicht, weil sie durch die Einwilligung "an sich" rechtmässig ist.

Während bei Körperverletzungen im Rahmen der Delikts-sphäre die Rechtswidrigkeit nicht besonders bestimmt zu werden braucht, weil diese typischerweise rechtswidrig sind und die Widerrechtlichkeit nur durch einige positive Rechtfertigungsgründe beseitigt werden kann, bedarf es beim mißglückten Heileingriff diesbezüglich einer positiven Feststellung. Die fehlende Einwilligung des Patienten in die mißglückte Behandlung entscheidet nicht über die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns als Ausgangspunkt einer Haftung für die Eingriffsfolgen. Denn die Einwilligung ist - im Gegensatz zur Problematik beim eigenmächtigen Heileingriff - auf die gesamte Behandlung bezogen und macht sie daher - unabhängig von dem Gelingen - zu einer zunächst "an sich" rechtmässigen. Damit beim mißglückten Heileingriff von einer haftungsbegründenden Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB gesprochen werden kann, muß der Kunstfehler positiv festgestellt werden; nicht muß sich der Arzt in jedem Haftpflichtprozeß durch Berufung auf eine kunstfehlerfreie Behandlungsmethode exculpieren.^(101a) Ausserhalb des eigenmächtigen Heilein-

(101) So auch Rabel, S. 10 Anm. 2

(101a) Über den Einfluß der dogmatischen Einordnung des kunstfehlerhaften Heileingriffes auf die Verteilung der Beweislast vgl. unten S. 48 f.

griffes ist bereits nach geltendem Recht nur die fehlerhafte einzelne Heilmaßnahme eine die Schadensersatzpflicht des Arztes begründende Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.⁽¹⁰²⁾ Etwas anderes kann auch bei strenger Befolgung der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht zur Rechtsnatur des Heileingriffes nicht angenommen werden. Denn die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt im objektiven Tatbestand nicht nur eine Gewebedurchtrennung, sondern eine (im Rahmen der allgemeinen Deliktssphäre allerdings typischerweise) rechtswidrige Verletzungshandlung voraus. Weil die mit Einwilligung vorgenommene Heilbehandlung nicht typischerweise rechtswidrig ist, bedarf es in jedem Fall der positiven Bestimmung, ob ein Verstoß gegen die ärztlichen Kunstregeln vorliegt. Insoweit findet der kunstfehlerhafte Heileingriff im Rahmen der deliktischen Haftungsnormen eine besondere dogmatische Einordnung gegenüber unerlaubten Eingriffen in die Körperintegrität eines Dritten.

IV. Der Haftungsumfang

Der Arzt hat bei Vorliegen eines ärztlichen Haftungstatbestandes nach § 823 Abs. 1 BGB den "daraus entstehenden" Schaden zu ersetzen.

Bezüglich des kunstfehlerhaften Heileingriffs bedeutet das, daß der Arzt den gesamten effektiven Vermögensschaden des Patienten (§§ 249, 251 BGB), den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) sowie stets aus § 847 BGB ein angemessenes Schmerzensgeld zu entrichten hat. Der Schmerzensgeldanspruch besteht bekanntlich nur, sofern die Vertragsverletzung gleichzeitig eine unerlaubte Handlung darstellt. Da im Arztrecht auch im vertraglichen Bereich die Gefährdung ausschließlich auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität bezogen ist, ist die haftungsrechtliche Stellung des Arztes im Hinblick auf § 847 BGB einmalig.

(102) Auch der BGH in NJW 59, 2299 = JZ 59, 773 knüpft die Haftung für Kunstfehler unmittelbar an die fehlerhafte Heilbehandlung an und unterscheidet in diesem Bereich ausdrücklich zwischen fehlerfreier und fehlerhafter Behandlung. Nur letztere ist Anknüpfungspunkt für eine Haftung wegen Körperverletzung.

Zum Schmerzensgeldanspruch hat der Bundesgerichtshof im Beschluß des Großen Senats vom 6.7.1955⁽¹⁰³⁾ grundsätzliche Ausführungen gemacht und dabei die Genugtuungsfunktion über die Entschädigungsfunktion gestellt. Der Schmerzensgeldanspruch ist schon dem Wortlaut des § 847 BGB nach kein wirklicher Ersatzanspruch für einen objektiv meßbaren Nachteil. Dies wird zwar von dem überwiegenden Teil der Lehre⁽¹⁰⁴⁾ angenommen, und auch der Bundesgerichtshof hat diese Ansicht früher einmal vertreten.⁽¹⁰⁵⁾ Nach dieser Meinung besteht der zu ersetzende Schaden nach § 253 in der Geldsumme, die erforderlich ist, "um dem Verletzten für die erlittenen Unlustgefühle und entgangene Lebensfreude einen Ausgleich durch Gewährung von Daseinsfreude in einer den Umständen nach möglichen anderen Form zu schaffen".⁽¹⁰⁶⁾ Wie Larenz⁽¹⁰⁷⁾ jedoch mit Recht betont, sind Unwägbarkeiten wie Schmerz, Kummer und Unlust grundsätzlich nicht meß- und quantifizierbar.⁽¹⁰⁸⁾ Aus diesen Überlegungen heraus hat auch der Bundesgerichtshof seine Meinung bezüglich der Natur des Schmerzensgeldanspruches revidiert und, zunächst nur bei immateriellen Körperschäden, die Genugtuungsfunktion über die Entschädigungsfunktion gestellt. Die Genugtuungsfunktion einer geldlichen Leistung richtet sich nach anderen Grundsätzen als die materielle Verteilungsfunktion eines Schadensersatzanspruches. Bei letzterer spielt allein der wirklich eingetretene, wirtschaftlich meßbare Schaden eine Rolle, den es durch das Erfordernis der adäquaten,

(103) BGHZ 18,149 = NJW 55,1675 = VersR 55,615; vgl. auch zu dieser Entscheidung Burmester, S. 221.

(104) Palandt, Anm. 1b) zu § 847 BGB; Enn.-Lehm., § 250; Peterssen JW 36,2965; Gelhaar, NJW 53,1281; Seydel, NJW 54,1017

(105) BGHZ 7,223; BGH NJW 53,1626=LindMöhr Nr.4 zu § 847 BGB

(106) BGH NJW 53,1626 und die unter Anm.104) zit.Autoren.

(107) Schuldrecht Bd. II S. 370

(108) Möglich wäre allerdings bspw. bei der Entfernung eines Organs, bestimmte Ersatzwerte generell aufzustellen. Eine solche Bewertung wäre jedoch ungenau, da sie den subjektiven Nachteil unberücksichtigt läßt.

haftungsausfüllenden Kausalität lediglich sinnvoll zu begrenzen gilt,⁽¹⁰⁹⁾ während bei ersterer die Einzelumstände des Falles, und hierbei auch das Verschulden des Schädigers⁽¹¹⁰⁾ als Schadensbemessungsfaktoren eine Rolle spielen.⁽¹¹¹⁾ So gesehen hat aber der Schmerzensgeldanspruch nicht nur eine Beziehung zur Beeinträchtigung des Verletzten, sondern wesentlich auch eine Beziehung zur Handlung des Schädigers, d.h. zu dem Unwerturteil in Bezug auf seine Tat und die Vorwerfbarkeit seines Vorgehens.⁽¹¹²⁾ Hinsichtlich dieser an der Unrechtsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem orientierten Genugtuung führt der Bundesgerichtshof⁽¹¹³⁾ aus, daß es ausser auf den Verschuldensgrad auch auf den Anlaß der Verletzungshandlung ankommen kann: "Auch bei gleichem Grad des Verschuldens können mehrere Handlungen ein erheblich unterschiedliches Gepräge haben (Verletzungen aus Anlaß der Befriedigung eines Vergnügens einerseits oder im Zusammenhang mit Berufsausübung, Nothilfeleistung oder sonstiger notwendiger Betätigung andererseits). In ganz besonderem Maße gilt das in den Fällen, in denen es zu der unerlaubten Handlung anläßlich einer Tätigkeit gekommen ist, die der Schädiger aus Entgegenkommen gegenüber dem Verletzten ausgeübt und die der Verletzte - vielleicht sogar dankbar - entgegengenommen hat.....". Als Beispiel erwähnt der Bundesgerichtshof die Gefälligkeitsfahrt und fährt fort: "In einem solchen Fall kann es geradezu unbillig sein, wenn der Verletzte vom Schädiger ein Schmerzensgeld etwa in gleicher Höhe

(109) Enn.-Lehm. § 15 III,2

(110) Daß das Verschulden des Schädigers bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht unberücksichtigt bleiben darf, beweist die Tatsache, daß das Schmerzensgeld geschichtlich als ein Überrest der alten Privatstrafe anzusehen ist, Larenz Schuldrecht Bd. II, S. 370 Anm. 5 und Remé, S. 73 ff.

(111) Gegen eine Einheitslösung des Schmerzensgeldes auch Remé, S. 72 ff

(112) Larenz, Schuldrecht Bd. II S. 371

(113) Beschluß v. 6.7.55, zit. unter Anm. 103)

verlangt als sei er als Fußgänger von dem Schädiger angefahren und verletzt worden".⁽¹¹⁴⁾ Bei der Zuerkennung des Schmerzensgeldes handelt es sich nach der neueren Ansicht des Bundesgerichtshofes, der zuzustimmen ist, nicht um einen eigentlichen "Ersatz" wie bei § 249 BGB, die Wiedergutmachung des immateriellen Schadens vollzieht sich vielmehr auf einer anderen Ebene.⁽¹¹⁵⁾

Der Patient kann demnach, wenn er im Verlauf einer Operation infolge Kunstfehlers an seiner Gesundheit geschädigt wurde, von dem Arzt nicht das gleiche Schmerzensgeld verlangen wie wenn die gleiche körperliche Schädigung durch eine bewußte oder fahrlässige Verletzungshandlung eines Dritten hervorgerufen worden wäre, zu welchem der Patient nicht in einem derart engen Vertrauensverhältnis steht wie zum Arzt.

Auch beim eigenmächtigen Heileingriff ist nach der derzeitigen Rechtsprechung der gesamte adäquat verursachte Folgeschaden zu ersetzen.⁽¹¹⁶⁾ Obwohl beim eigenmächtigen Heileingriff in Wahrheit gar nicht das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit sondern das Recht der Willensentschlussungsfreiheit des Patienten als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verletzt ist, wird ohne weiteres § 847 BGB als Ersatzgrundlage für immateriellen Schadensersatz unmittelbar herangezogen,⁽¹¹⁷⁾ da der Heileingriff schlechthin als "Körperverletzung" angesehen wird, unabhängig davon ob er gelingt oder nicht. Aber auch unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung muß das Schmerzensgeld im Hinblick auf die Genugtuungsfunktion gering bemessen werden, was von den unteren Gerichten im Hinblick auf die Verletzungsfolgen nur teilweise beachtet wird.⁽¹¹⁸⁾

(114) Zustimmend Remé, S. 139

(115) Bötticher, MDR 63,358

(116) Vgl. hierzu oben S. 26 f

(117) Vgl. aus der jüngeren Rechtspr. BGH NJW 63,393; OLG Düsseldorf, NJW 63,1679 Nr.10; LG Düsseldorf, NJW 61, 2064.

(118) Insbesondere im Fall des LG Düsseldorf, NJW 61,2064 scheint mir das Schmerzensgeld zu hoch bemessen; vgl. aber BGH NJW 59,2299=JZ 59,773 und auch LG Frankenthal, NJW 55,1113.

Zweiter Abschnitt

Die Einflußnahme der Strafrechtsreform auf die künftige zivilrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs

Die Strafrechtsreformer sind sich darüber einig, daß der ärztliche Heileingriff im Falle eines verschuldeten Mißerfolges Körperverletzung bleibt und auch die eigenmächtige Heilbehandlung strafrechtlich erfaßt werden muß. Lediglich die rechtliche Beurteilung des strafrechtlich relevanten Verhaltens wird in Zukunft eine andere sein, was zur Folge haben wird, daß auch im Zivilrecht der Heileingriff dogmatisch anders eingeordnet wird.

Nach dem kommenden Strafrecht fällt der eigenmächtige Heileingriff nicht mehr unter den Körperverletzungstatbestand, sondern findet seine Berücksichtigung in einem gesonderten Straftatbestand in Form einer selbständigen Verbotsnorm.⁽¹¹⁹⁾ Dieser Tatbestand des künftigen Stragesetzbuches ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, so daß eine ausreichende zivilrechtliche Anspruchsgrundlage bestehen wird, ohne daß es des Rückgriffs auf den Körperverletzungstatbestand bedarf. Der eigenmächtige Heileingriff wird aber auch künftig unter einen Deliktstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB fallen. Zwar kann er nicht mehr unter den Haftungstatbestand der Körperverletzung subsumiert werden, denn die Frage, ob sich ein ärztlicher Eingriff als Körperverletzung darstellt, ist in Zukunft nicht mehr von der Einwilligung des Patienten abhängig, wohl aber unter das körperliche Dispositionsrecht des Patienten als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit eines "sonstigen Rechts" i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.⁽¹²⁰⁾ Der Arzt verletzt dieses Selbstbestimmungsrecht des Kranken dann objektiv, wenn er sich über die 'voluntas aegroti' hinwegsetzt, sei es daß er es versäumt, eine Einwilligung einzuholen, sei es daß er dem

(119) Vgl. § 162 Entw StGB 1962

(120) Vgl. Bockelmann, LArchKlinChir Bd. 198 S. 857 ff sowie Schmidt, Gutachten S. 95

Patienten infolge mangelhafter Aufklärung das Operationsrisiko aufzwingt. Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen werden sich daher unter Berücksichtigung des kommenden Strafrechts nicht ändern.

Dogmatisch muß für das Zivilrecht künftig davon ausgegangen werden, daß die fehlende oder mangels Aufklärung unwirksame Operationseinwilligung Tatbestandsmerkmal des eigenmächtigen Heileingriffs ist.⁽¹²¹⁾ Der Arzt verletzt also nur dann das Selbstbestimmungsrecht des Patienten tatbestandsmäßig als 'sonstiges Recht' i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, wenn die Einwilligung fehlt oder rechtlich irrelevant ist, nicht etwa ist die Einwilligung spezieller Rechtfertigungsgrund wie die in § 162 Abs. II Entw StGB 1962 aufgeführten Rechtfertigungsgründe, welche Ausnahmen von der Aufklärungspflicht bestimmen. Das bedeutet für die strafrechtliche Irrtumsproblematik, daß der Arzt mangels Vorsatzes nicht bestraft werden kann, wenn er die Voraussetzungen einer notwendigen Aufklärung, die die Einwilligung relevant macht, auch schuldhaft verkennt.⁽¹²²⁾ Zivilrechtlich muß er dennoch Schadensersatz leisten, da § 823 Abs. 1 BGB auch an die fahrlässige eigenmächtige Heilbehandlung Haftungsfolgen knüpft.

Wir haben oben bereits ausgeführt, daß - unabhängig von der Problematik des eigenmächtigen Heileingriffes - im Rahmen des kunstfehlerhaften Heileingriffes die Operationseinwilligung auch nach geltendem Recht eine nur scheinbar entscheidende Rolle spielt. Denn auch nach geltendem Recht ist die im Heileingriff liegende Gewebedurchtrennung - soweit eine eigenmächtige Heilbehandlung nicht in Frage steht - nur insoweit Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, als der Eingriff mißglückt und kunstfehlerhaft ausgeführt wird; und zwar deshalb, weil die fehlerfreie

(121) Krüger-Nieland S.15

(122) Deshalb ist in § 162 Abs.4 EntwStGB 1962 eine Strafbestimmung für fahrlässige e.H. aufgenommen worden. Vgl. hierzu kritisch E. Schmidt, Gutachten S.167 ff; aufgrund seiner Bedenken ist der Absatz 4 im Beschluß des 44. dtsh. Juristentages gestrichen worden; vgl. auszugsweise NJW 62,1856.

Heilbehandlung kein typischerweise rechtswidriges Verhalten ist, welches i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB als normwidrig bezeichnet werden könnte.

Der Entwurf 1962 hat die fehlerfreie ärztliche Heilbehandlung mit Einwilligung des Patienten in § 161 "expressis verbis" aus dem Körperverletzungskomplex aussondert. Der kunstfehlerhafte Heileingriff soll allerdings auch nach dem kommenden Strafrecht als Körperverletzung bestraft werden. Der Entwurf hat das Problem so zu lösen versucht, daß er die "Strafbarkeit" des ärztlichen Eingriffs in die Körperintegrität davon abhängig macht, daß die ärztlichen Kunstregeln beachtet sind. Damit steht jedoch nicht fest, wie die Einhaltung der Kunstregeln bei Wahl und Durchführung der konkreten Behandlung in Zukunft dogmatisch einzuordnen ist. Die Frage, ob der 'lege artis' ausgeführte Eingriff im Strafrecht bereits zum Tatbestandsausschluß führt oder lediglich einen speziellen ärztlichen Rechtfertigungsgrund im Körperverletzungskomplex schafft, wurde vom Entwurf Literatur und Rechtsprechung überlassen. (123)

Sofern die Auslegung des § 161 EntwStGB ergibt, daß die Einhaltung der ärztlichen Kunstregeln ein sog. negatives Tatbestandsmerkmal der Deliktsnorm ist, ändert sich auch künftig nichts an der dogmatischen Einordnung des kunstfehlerhaften Eingriffs im Zivilrecht; denn schon nach derzeitiger Praxis ist nur die kunstfehlerhafte Heilmaßnahme haftungsbegründender Verletzungstatbestand nach § 823 Abs. 1 BGB, während ausserhalb des eigenmächtigen Heileingriffes die fehlerfreie Heilmaßnahme haftungsrechtlich auch ohne die "rechtfertigende Kraft der Operationseinwilligung" unproblematisch ist.

Sofern § 161 EntwStGB von Lehre und Rechtsprechung allerdings als Rechtfertigungsgrund angesehen würde, hätte dies auch Einfluß auf die dogmatische Einordnung des kunstfehlerhaften Heileingriffes im Zivilrecht. Während nämlich

(123) Vgl. Begründung zu § 161 EntwStGB 1962 und Schmidt, Gutachten S. 151 f, insbesondere Nr. 191-193, der sich für Tatbestandsausschluß ausspricht.

nach geltender Zivilrechtspraxis bei einer mißglückenden Operation die Rechtswidrigkeit keineswegs "indiziert" ist, sondern im Einzelfall positiv durch Bejahung eines Kunstfehlers festgestellt werden muß, müßte nunmehr auch im Zivilrecht grundsätzlich bei mißglückenden Eingriffen vermutet werden, daß sie auf einem Kunstfehler beruhen. Das würde bedeuten, daß jeder vom geplanten Heilverlauf abweichende Mißerfolg haftungsbegründender Verletzungstatbestand i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB wäre und der Arzt, um einer Schadenshaftung zu entgehen, einen positiven Rechtfertigungsgrund anführen müßte, nämlich die Beachtung der Kunstregeln im konkreten Fall.⁽¹²⁴⁾ Eine solche Regelung wäre jedoch im Zivilrecht wie im Strafrecht gleichermaßen unbillig und würde dem Zweck der Strafrechtsreformer - die gerade von dem Heileingriff das Odium der Körperverletzung nehmen wollen - völlig widersprechen.

Durch die Strafrechtsreform ist auch für das Zivilrecht eine klare Trennung zwischen eigenmächtigem - und kunstfehlerhaftem Heileingriff garantiert. Der eigenmächtige Heileingriff muß nicht mehr in Verkennung des wahrhaft geschützten Rechtsgutes unter den Körperverletzungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB subsumiert werden. Ausserdem wird auch für das Zivilrecht ausdrücklich klargestellt, daß die Operationseinwilligung für die Heilbehandlung im Hinblick auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit keine Rolle spielt. Die Operationseinwilligung ist einzig und allein für die Frage relevant, ob ein eigenmächtiger Heileingriff vorliegt. Festzustellen bleibt jedoch, dass das Zivilrecht bereits unter der Geltung des Strafgesetzbuches von 1871 feinere Differenzierungsmöglichkeiten besitzt, um einmal den eigenmächtigen Heileingriff vom kunstfehlerhaften auch rechtsgutmässig zu trennen, zum anderen den Heileingriff dogmatisch in das Schadensersatzsystem einzuordnen.

(124) Vgl. auch unten S. 49 insbes. Anm. 153)

Dritter Abschnitt

Die Stellung des Arztes im Gegensatz zum sonstigen Dienstverpflichteten und Werkunternehmer des BGB

I. Die Stellung der praktizierenden- und Belegärzte im Gegensatz zum freien Unternehmer

Sofern der Arzt mit dem Privatpatienten einen Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, ist seine Haftungssituation im Vergleich zu derjenigen eines Dienstverpflichteten nach § 611 BGB oder eines freien Werkunternehmers nach § 631 BGB nicht viel schwerwiegender.

Der frei praktizierende oder leitende Krankenhausarzt ist im Verhältnis zu seinen Privatpatienten weitgehend frei. Zunächst besteht nach gefestigter Rechtsprechung kein Behandlungszwang,⁽¹²⁵⁾ es sei denn, es lägen die Voraussetzungen des § 330 c StGB⁽¹²⁶⁾ oder die besonderen Voraussetzungen einer positiven Garantenpflicht vor.⁽¹²⁷⁾ Der frei praktizierende Arzt hat die Möglichkeit, Fälle, die ihm persönlich als zu schwierig erscheinen, in das nächste Krankenhaus oder an einen Facharzt zu überweisen. Ein hohes Operationsrisiko wird sich in der Regel in einem entsprechend hohen Honorar niederschlagen.⁽¹²⁸⁾ Weiter hat der Arzt in diesen Fällen die Möglichkeit, sein Haftungsrisiko versicherungsrechtlich abzudecken. Eine solche ärztliche Haftpflichtversicherung

(125) Anders für öffentliche Krankenhäuser, s.darüber bei Spann, S.98 und Kuhns I/573. Auch den Bereitschaftsarzt trifft ein Behandlungszwang, BGHStr 7,212. Gegen einen allgemeinen Kontrahierungszwang spricht schon § 144 Abs. 2 GewO.

(126) BGHStr 2,296; BGH NJW 62,1212; BGH LindMöhr Nr.1 zu § 330 c = BGHStr 1,266. Eine "schwere Erkrankung" ist nicht ohne weiteres ein Unglücksfall i.S.d.§ 330c) StGB, Burmester, S. 199; Schmidt, Gutachten S. 127, insbes. Fußn. 268.

(127) Möglicherweise trifft dies auf den Hausarzt zu.

(128) Interessant ist, daß die Frage des Operationsrisikos und seines Niederschlags im Arzthonorar bereits in der "Stele" König Hammurapis von Babylon - ungefähr 1700 vor Chr. - eine Berücksichtigung gefunden hat.

wird von den frei praktizierenden wie auch leitenden Krankenhausärzten mit Privatpraxis in aller Regel abgeschlossen. Bleibt für den freien Arzt nur noch die Bürde, die sich mit seinem Beruf schlechterdings verbindet. Die Konfliktsituationen, die sich aus der Aufklärungspflicht für den Arzt ergeben, sind seinem Beruf wesenseigen. Er steht zweifellos oft vor der Frage, nach juristischen oder ärztlichen Grundsätzen zu entscheiden. Der ärztliche Beruf erfordert jedoch nicht nur eine manuelle Geschicklichkeit und fachliches Können, sondern darüber hinaus eine starke menschliche Persönlichkeit. Der Arzt, der sich seinen Beruf wählt, weiß um diese Verantwortung, die ihm aufgeladen wird. Letztenendes finden diese Unbilligkeiten haftungsrechtlich insoweit Berücksichtigung, als die ärztlichen Pflicht- und Verschuldensmaßstäbe von der Rechtsprechung an die Schwierigkeit der jeweiligen Situation angepaßt werden.

II. Die Stellung des Krankenhausarztes im Gegensatz zum Erfüllungsgehilfen der täglichen Austauschgeschäfte

1. Die Begleiterscheinungen des Krankenhauswesens als Bestandteil der materiellen Leistungsverwaltung

Im Rahmen eines totalen Krankenhausvertrages hat der behandelnde Arzt wie gezeigt lediglich die Stellung eines Erfüllungsgehilfen des Krankenhaussträgers, obwohl er bei der Erbringung des gesamten ärztlichen Dienstes weisungsungebunden ist und alle ärztlichen Entscheidungen eigenverantwortlich trifft.⁽¹²⁹⁾ Dennoch ergibt sich für den Krankenhausarzt aus der Tatsache, daß er an einem öffentlichen Krankenhaus beschäftigt ist, gegenüber dem frei

In §§ 215 bis 217 der 282 Gesetze umfassenden Stele heißt es, daß der Arzt für eine Staroperation an einem freien Mann fünfmal soviel Honorar erhält wie für die gleiche Operation an einem Sklaven. Der Grund war das Operationsrisiko, das sich in den Strafbestimmungen widerspiegelte. Denn verletzte der Arzt schuldhaft das Auge eines freien Mannes, so wurde er wesentlich härter bestraft (Schreiber, S. 51).

(129) Vgl. BGH LindMöhr Nr. 1 (Fc) zu § 831 BGB sowie BAG NJW 61,2085

praktizierenden Arzt eine Sonderstellung. Der in einem öffentlichen Krankenhaus erbrachte ärztliche Dienst stellt sich unabhängig von dem Charakter des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses als eine Leistung dar, auf die der Einzelne im Rahmen der sog. Daseinsvorsorge⁽¹³⁰⁾ angewiesen ist.⁽¹³¹⁾ Das schutzwürdige Vertrauen des Kassenspatienten in die allgemeine Krankenpflege wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, in welch entscheidendem Ausmaß der Arzt in die Erbringung der ärztlichen Hilfe als Aufgabe materieller Leistungsverwaltung eingeschaltet ist. Das Vertrauen des Einzelnen in die Verwaltung ist bei der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe größer und schutzwürdiger als bei der Inanspruchnahme anderer Funktionen der Leistungsverwaltung, und dieses Vertrauen ist weiter in entscheidendem Maße an die Person des Arztes gebunden, mehr als bspw. an die Person des Postbeamten oder Angestellten des Wasserwerkes hinsichtlich anderer Bereiche der Leistungsverwaltung.

Die Krankenpflege als Aufgabe materieller Leistungsverwaltung hat für den Krankenhausarzt zur Folge, daß er jeden eingelieferten Patienten behandeln muß, der mit dem Krankenhausträger einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag abgeschlossen hat. Der Kontrahierungszwang der öffentlichen Krankenanstalten besteht unabhängig davon, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich- oder privatrechtlich geregelt ist.⁽¹³²⁾ Der Kontrahierungszwang trifft zwar recht-

(130) Über den Begriff der Daseinsvorsorge vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938 S. 6 ff.

(131) Das Krankenkassenwesen und die Wahrnehmung ärztlicher Aufgaben in städtischen oder staatlichen Krankenhäusern gehören zu den fürsorgerischen Verwaltungsaufgaben, Forsthoff, Verwaltungsrecht S.369 f. Der Staat darf sich dieser Aufgaben nicht aus fiskalischen Interessen annehmen. Er muß diese Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge wahrnehmen, sei es daß er Krankenhäuser in Form von Anstalten des öffentlichen Rechts gründet, sei es daß er den Aufgabenbereich örtlich beschränkt auf einen privaten Krankenhausträger überträgt.

(132) Spann, S. 98; Kuhns, I/573 will unterscheiden. Er bejaht Aufnahmewang dort, wo Bestimmungen der Gemeinde- oder Kreisordnungen die Gemeinden oder Landkreise zur Errichtung oder Unterhaltung von Krankenhäusern verpflichten oder den Gemeinde- und Kreisangehörigen das Recht zur Benutzung öff. Einrichtungen geben.

lich den Krankenhaussträger, berührt jedoch tatsächlich den Krankenhausarzt als Behandlungszwang, da er die Behandlung aller Kassenpatienten infolge seiner Weisungsgebundenheit in verwaltungsrechtlicher Hinsicht übernehmen muß.⁽¹³³⁾ Das bedeutet aber, daß sich der Krankenhausarzt bei der Behandlung beliebiger Kassenpatienten einem Haftungsrisiko aussetzen muß, welches er als frei praktizierender Arzt durch Ablehnung der Behandlung in vielen Fällen von sich abwälzen könnte. Das Krankenhaus ist insoweit ein sog. Massenbetrieb. Gegenüber sonstigen Massenunternehmen ist hier jedoch folgendes zu bedenken: In einem Krankenhaus stehen den verwaltungstechnischen und geschäftsbetriebsmäßigen Merkmalen des Massenvertrages, die jedes "Großunternehmen" aufweist, die Merkmale der höchstindividuellen Behandlung gegenüber, die sich nicht an irgendwelchen "Richtlinien" orientieren lassen. Der Krankenhausarzt steht bei jeder einzelnen Behandlung den Gefahren gegenüber, die eine Krankheit in tausendfacher Mannigfaltigkeit für den menschlichen Körper in sich trägt.

2. Das erhöhte Schadensrisiko bei der ärztlichen Behandlung im Gegensatz zu dem Schadensrisiko bei normalen, vermögensrechtlichen Austauschverträgen.

Das sog. Operationsrisiko ist weit größer als das allgemeine Schadensrisiko bei den typischen Werk- und Dienstverträgen. Der Arzt hat infolge der Unkontrollierbarkeit des menschlichen Organismus und der Anfälligkeit des lebenden Körpers sowie infolge der Ungefestigkeit der medizinischen Kunstregeln, nach welchen sich die ärztlichen Pflichten richten, nicht die gleichen Möglichkeiten, einen folgeschweren Fehler auszuschließen wie der mit den gefestigten und anerkannten technischen Bearbeitungsgrundsätzen am toten Objekt vertraute Hand-

(133) Nipperdey, S. 4

werker.⁽¹³⁴⁾ Ausserdem darf nicht übersehen werden, daß das Operationsrisiko gegenüber dem allgemeinen Schadensrisiko, das bei jedem Rechtsgüterkontakt besteht, deshalb besonders groß ist, weil sich der Mensch erst dann dem Arzt anvertraut, wenn der zu behandelnde Körper nicht mehr voll funktionsfähig ist. Schon Clemens von Alexandrien⁽¹³⁵⁾ betonte: "Die Heilkunde ist an den kranken Menschen gebunden, wenn kein Kranker da ist, so hat auch die Kunst des Arztes kein Wirkungsfeld". Die Behandlung von Krankheiten läßt sich nicht schematisieren und an starren Operationsregeln ausrichten. Die ärztliche Tätigkeit ist schadensgeneigt. Der Arzt kann einen Schnitt zu tief ausführen oder einen wichtigen Körperteil bei anormaler Lage der Organe verletzen.⁽¹³⁶⁾ Auch die allgemeine menschliche Unzulänglichkeit muß besonders berücksichtigt werden, zumal sich gerade Krankenhausärzte oft ganz kurzfristig zu einer Operation entschließen müssen und gar nicht die Möglichkeit einer sorgfältigen Vorbereitung haben.⁽¹³⁷⁾ Eine Operation mißglückt daher viel eher als daß sich bei dem freiwilligen Rechtsgüterkontakt auf vermögensrechtlicher Vertragsebene Schädigungen ereignen.

3. Der Fortbildungsnotstand der Ärzte infolge akuter Arbeitsüberlastung in den Krankenhäusern

Die Rechtsprechung verlangt von den Ärzten, daß sie sich über die neuesten Heilmethoden sowie die Wirkungsweisen neuester Heilmittel auf dem laufenden halten.⁽¹³⁸⁾

(134) Vgl. OLG Dresden, U.v.16.5.1933, mitgeteilt von König-Köstlin, Arzthaftpflicht, Leipzig 1937, S.30

(135) Gestorben 215 n.Chr., zitiert bei Schadewaldt, Arzt und Patient in antiker und frühchristlicher Sicht, Dtsch.med.Wschr. 64,146

(136) RGZ 78,435: Auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Sicherheit einer Maschine; vgl.auch Burmester, S. 228

(137) Scheffler, Arztverantwortung, S. 43

(138) Vgl. BGH, U.v. 12.3.57, zit. bei Perret, Fortbildungsgrenzen, S. 95

Diese Fortbildungspflicht, die in § 4 der Berufsordnung der Ärzte⁽¹³⁹⁾ niedergelegt ist, darf jedoch nicht überspannt werden. Gerade der Krankenhausarzt hat infolge Arbeitsüberlastung nicht die Möglichkeit, sich über die gesamte Fachliteratur zu unterrichten und insbesondere stets die neuesten Auflagen von medizinischen Werken sowie die neuesten Beiträge in den mannigfachen ärztlichen Zeitschriften zu studieren.⁽¹⁴⁰⁾ Perret⁽¹⁴¹⁾ weist darauf hin, daß der Arzt, selbst wenn er sämtliche Fachliteratur in eigener Bibliothek unmittelbar zur Hand hätte, etwa die Hälfte seines Lebens mit der Lektüre der wichtigsten Beiträge verbringen müßte, um dauernd auf dem laufenden zu bleiben. Durch diesen akuten Fortbildungsnotstand besteht eine zusätzliche Gefahr von mißglückenden Operationen. Die Medizin befindet sich in einem steten Wechsel von Anschauungen und Methoden, bisher gebräuchliche Verfahren können schon morgen überholt sein.⁽¹⁴²⁾ Berücksichtigt man jedoch, daß der Arzt im allgemeinen die größte Vorsicht zu beachten hat, wenn er nicht fahrlässig handeln will, weil der Kranke verlangen darf, daß der Arzt alle, auch entfernten Verletzungsfolgen und Möglichkeiten in den Kreis seiner Erwägungen zieht und sein Verhalten bei der Behandlung danach richtet,⁽¹⁴³⁾ so ergibt sich für den Arzt leicht der Vorwurf, durch mangelnde Fortbildung nicht alles Erforderliche getan zu haben. Auch hieraus ergeben sich für den Arzt Probleme, die der normale Handwerker nicht kennt. Man erkennt unschwer, daß die Haftungssituation der Ärzte auch aus diesem Grunde unbillig ist.

(139) Berufsordnung für Ärzte in Rhld-Pfalz v. 1.2.60

(140) Scheffler, Arztverantwortung S. 43

(141) Fortbildungsgrenzen S. 94

(142) Perret, Fortbildungsgrenzen S. 94

(143) RG HRR 1932,1228; BGH VersR 53,68; BGH VersR 57,336

4. Die interne Schadenstrachtungspflicht gegenüber dem Krankenhausträger

Die Unbilligkeit der Haftungssituation des Krankenhausarztes, der im Rahmen eines totalen Krankenhausvertrages einen Patienten schuldhafterweise fehlerhaft behandelt, ist auch noch aus einem weiteren Grunde offensichtlich. Der Hauptanspruch aller Haftpflichtprozesse ist auf die Erlangung von Schmerzensgeld gerichtet, das der Arzt grundsätzlich persönlich erbringen muß, nicht das Krankenhaus. Sofern der Krankenhausträger aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag oder dem gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag über § 278 BGB in Anspruch genommen wird, haftet er nicht auf Schmerzensgeld, da § 847 BGB in diesem Bereich keine Anwendung findet.⁽¹⁴⁴⁾ Nur wenn der Krankenhausträger unmittelbar aus §§ 823 ff BGB belangt werden kann, haftet auch er auf Schmerzensgeld. Allerdings ist von der Rechtsprechung die deliktische Haftung des Krankenhausträgers in weitem Umfange ausgedehnt worden. Das Krankenhaus haftet dann nach §§ 31,823 Abs. 1,847 BGB auf Schmerzensgeld, wenn es sich um eine Universitätsklinik handelt und der Direktor selbst die schädigende Operation durchgeführt hat. Dies gilt allerdings uneingeschränkt nur dann, wenn der Chefarzt die Stellung eines satzungsmässigen Vertreters hat.⁽¹⁴⁵⁾ Weitergehend hat das OLG Stuttgart⁽¹⁴⁶⁾ einen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen die beklagte Stadt bejaht, weil sie keinen "verfassungsmässig berufenen" noch "besonderen" Vertreter bestellt hatte. Der Anspruch wurde hier ebenfalls aus §§ 31,823,847 BGB hergeleitet und eine Exculpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB versagt. Kuhns⁽¹⁴⁷⁾ will im Rahmen eines totalen Krankenhausvertrages den Krankenhausträger generell nach §§ 831,847 BGB auf Schmerzens-

(144) RGZ 112,290(294); BGH NJW 52,382; BGHZ 29,176 (179)

(145) RG, U.v. 25.10.43 in DR 44,286; BGHZ 5,321; BGHZ 8,244

(146) NJW 51,525; zust. Hübner-Drost S. 18

(147) I/484

geld haften lassen und den Entlastungsbeweis versagen. (148)

Falls eine unerlaubte Handlung des Krankenhausträgers nach §§ 31,823 Abs. 1 BGB vorliegt, haften Krankenhausträger und Krankenhausarzt gesamtschuldnerisch nach § 840 Abs. 1 BGB und sind im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verpflichtet. Sofern jedoch eine Haftung des Krankenhausträgers nicht nach §§ 31,823 BGB, sondern lediglich wegen mangelhafter Überwachung nach § 831 BGB in Betracht kommt, muß im Innenverhältnis der Krankenhausarzt den Schaden, zumindest was das Schmerzensgeld anbetrifft, (149) allein tragen, da in diesem Falle zwischen Krankenhausträger und -arzt ein Gesamtschuldverhältnis nach § 840 Abs. 2 BGB besteht. (150) Da bei einer schuldhaften Schädigung, die ein Krankenhausarzt an einem Patienten vornimmt, regelmäßig ein Schmerzensgeldanspruch in Frage kommt, ist diese Alleintragung des Haftungsrisikos des Krankenhausarztes im Verhältnis zum Krankenhausträger unverhältnismässig und findet auch im gesamten sonstigen Haftungsrecht keine Parallele.

5. Das hohe Prozeßrisiko des Arztes

Mißlich ist für die Ärzte unabhängig von der einzelnen Entscheidung selbst die Tatsache, daß sie überhaupt mit Zivil- und Strafprozessen überzogen werden. Es besteht unter vielen Patienten die Ansicht, daß sie, sofern sie geheilt würden, dies ihrer gesunden Konstitution, sofern sie aber nicht geheilt würden, der Unfähigkeit des betreffenden Arztes zu verdanken hätten. Da es bei bleibenden Operationsfolgen immer um beträchtliche Schmerzensgeldsummen geht, wird der behandelnde Arzt bei Vorliegen eines totalen Krankenhausvertrages immer neben dem Kran-

(148) Ähnlich RGZ 112,295. Den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 2 S. 2 BGB lassen jedoch ohne Prüfung eines Anspruchs aus § 31 BGB zu: BGHZ 1,383 = NJW 51, 798 und OLG Celle, VersR 59,525 sowie BGHZ 9,145 (151)

(149) Ansonsten haftet das Krankenhaus aus Vertrag

(150) Spann, S. 178; Burmester, S. 226; Uhlenbruck, NJW 64, 2188

kenhausträger als Gesamtschuldner mitverklagt, schon deshalb, weil in vielen Fällen gar nicht sicher ist, ob das Krankenhaus wegen Schmerzensgeld in Anspruch genommen werden kann. Die für den Arzt mißlichen Strafprozesse werden in erster Linie angestrengt, um sich mit dem Umweg über die Staatsanwälte "billige Schuldtitel" zu besorgen, die vor den Zivilgerichten zur Durchführung der Schadensersatzansprüche verhelfen.

Auch die Beweislastverteilung im ärztlichen Haftpflichtprozeß ist für den Arzt unbefriedigend. Sie läßt sich aber, gemessen an der besonderen Situation des Heileingriffs, nicht anders regeln. Die Rechtsprechung hat bislang stets versucht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Beweisregeln zu einer Lösung zu gelangen, die Ärzten und Patienten gleichermaßen gerecht wird. (150a)

Zur Durchsetzung eines Deliktanspruches muß der Geschädigte allgemein den objektiven Deliktstatbestand sowie das Verschulden des Schädigers nachweisen. Nach dem derzeitigen Recht muß der Patient beweisen, daß der Eingriff trotz der von ihm erteilten Operationseinwilligung rechtswidrig ist, weil der Arzt die Kunstregeln nicht beachtet hat. (151) Nach Inkrafttreten des § 161 EntwStGB richtet sich die Beweislast nach der dogmatischen Einordnung des kunstfehlerfreien Eingriffs in das Haftungssystem. (152) Sofern man davon ausgeht, daß die kunstfehlerfreie Heilbehandlung schon tatbestandsmäßig keine Körperverletzung sondern strafrechtlich irrelevantes Verhalten ist, muß der Patient auch in Zukunft die Voraussetzungen eines "Kunstfehlers" nachweisen, da er einen tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Eingriff in seine Körperintegrität behauptet. Sofern man allerdings der

(150a) Siehe die Übersicht bei Uhlenbruck, NJW 65,1057

(151) Vgl. aus der Rechtspr. bspw. BGH, NJW 52,382; OLG Köln, U.v. 5.4.55, auszugsweise bei Perret S.66 (4) und LG Bamberg, U.v.20.6.52, auszugsweise bei Perret S. 68 (7) - st.Rspr.

(152) vgl. hierüber E. Schmidt, Gutachten S. 151 f, insbesondere Nr. 191 - 193

Ansicht ist, § 161 EntwStGB normiere einen speziellen ärztlichen Rechtfertigungsgrund, verschiebt sich notwendigerweise die Beweislast. Dann müßte der Arzt im Einzelfall nachweisen, daß er den Eingriff kunstgerecht durchgeführt hat. Dies würde zweifellos zu einer Unbilligkeit im Haftpflichtprozeß führen, da damit der beweisrechtliche Grundsatz, daß jeder die Tatsachen beweisen muß, aus denen er Rechte herleitet - hier im Sinne von Schadensersatzansprüchen des Patienten - eine erhebliche Verschiebung erfahren würde. (153)

Nach geltendem Recht ergibt sich im ärztlichen Haftpflichtprozeß folgende Beweissituation:
Sowohl bezüglich der Frage nach dem Verschulden des Arztes als auch nach der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers kann sich im Haftpflichtprozeß ein 'non liquet' ergeben. Sofern streitig ist, ob der Arzt einen Kunstfehler begangen hat, muß der Patient diejenigen Tatsachen vortragen und beweisen, aus denender Richter mit Hilfe von Sachverständigen den Schluß ziehen kann, daß ein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst vorliegt. (154) Der Kranke trägt also das volle Risiko der Nichterweislichkeit des Kunstfehlers. (155) Das Reichsgericht hat diese Frage in seiner Entscheidung in Bd. 78,436 offen gelassen, gleichzeitig aber ausgeführt, selbst wenn man annehme, dem Arzt obliege der Nachweis, daß er bei Vornahme der Operation mit aller Sorgfalt und den Erfahrungen der Wissenschaft gemäß gehandelt hat, so genüge er dieser Pflicht bereits, wenn er dartue, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein könne, dass nach dem, soweit möglich, klar gelegten Sachverhalt ein

(153) Die Auswirkungen auf die zivilrechtliche Beweislast im Haftpflichtprozeß sollte bei der Diskussion um die dogmatische Einordnung des § 161 EntwStGB in das Haftungssystem mitberücksichtigt werden. Würde man den § 161 EntwStGB als Rechtfertigungsgrund einordnen, wäre quasi jede Heilmaßnahme als Körperverletzung "indiziert", ein Ergebnis, das man gerade vermeiden will.

(154) OLG Ffm, VersR 56,554

(155) BGHZ 4,138; BGH LindMöhr Nr. 14 zu § 282 ZPO

positiver Anhalt für sein Verschulden nicht gegeben sei. Das Reichsgericht ermöglichte dem Arzt also die prima-facie-Beweisführung. Die derzeitige Rechtsprechung, die an der Beweislastverteilung zu Lasten des Kranken festhält, eröffnet diesem unter bestimmten Voraussetzungen den Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Kunstfehlers. Der Beweis des ersten Anscheins spricht dann für eine ärztliche Pflichtwidrigkeit, wenn ein bestimmtes ärztliches Handeln oder Operationsergebnis typischerweise auf die Verletzung der ärztlichen Kunstregeln schließen läßt.⁽¹⁵⁶⁾ In einem solchen Fall muß der Arzt dartun, inwiefern etwa ganz besondere Komplikationen bei der Operation aufgetreten sind, die sein Handeln 'in concreto' rechtfertigen.⁽¹⁵⁷⁾

Eng im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Kunstfehler vorliegt, steht in den ärztlichen Haftpflichtprozessen die weitere, ob die aufgetretene Operationskomplikation auf eine falsche ärztliche Behandlung zurückzuführen ist, ob also ein Kausalzusammenhang zwischen Kunstfehler und unerwünschter Operationsnebenfolge gegeben ist. Teilweise ist die eine Frage nicht ohne die andere zu beantworten. Sofern aber ohne weiteres ein Behandlungsfehler feststeht,⁽¹⁵⁸⁾ kann die Frage auftauchen, ob die später eingetretene Operationskomplikation auf diesem Behandlungsfehler beruht oder allein durch schicksalsmässige Umstände oder als bereits vorher anlagebedingter Schaden verursacht wurde. Zunächst hielt das Reichsgericht⁽¹⁵⁹⁾ daran fest, daß der Kranke die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Schadenskomplikation in vollem Umfange zu beweisen habe. Die subjektive Beweislast führt den Patienten jedoch öfter, was das Reichsgericht erkannte, in einen

(156) BGHZ 4,138(144 f); BGH, U.v. 21.12.55 LindMöhr Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO; BGH, VersR 59,391; BGH, U.v. 27.2.52, auszugsweise bei Burmester S. 126

(157) BGHZ 4,138 (146)

(158) Ein solcher Fall lag bspw. der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd.128,121 zugrunde; auch der Bundesgerichtshof macht diese Unterscheidung im Urteil v.21.12.55, LindMöhr Nr.25(C) zu § 286 ZPO.

(159) RGZ 78,432; 128,121 (124)

Beweisnotstand, da er keinen Einblick in Krankenblätter, Röntgenbilder und den inneren Geschäftsgang des Krankenhauses hat. Aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit die prima-facie-Beweisführung zugunsten des Kranken auch bezüglich des Nachweises der Ursächlichkeit der Schadensfolge zugelassen. Zwei Anwendungsfälle haben hierbei besondere Bedeutung erlangt.

Der erste Fall ist der, daß die Unaufklärbarkeit durch den Arzt verschuldet ist. Hier kann sich die Unaufklärbarkeit zuungunsten des Arztes auswirken. Das Reichsgericht führte hierzu in Bd. 128,125 aus: "Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß der Richter befugt ist, aus einem solchen Sachverhalt⁽¹⁶⁰⁾ Folgerungen für die Beweiswürdigung zuungunsten desjenigen Teils zu ziehen, der die Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat". Das Reichsgericht hielt dies, wie betont wurde, für eine nicht revisible tatrichterliche Würdigung. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist nicht bei den Grundsätzen des Anscheinsbeweises stehen geblieben, sondern nimmt heute in den Fällen einer schuldhaften Beweisvereitelung eine echte Beweislastumkehr an.⁽¹⁶¹⁾

Nicht nur für die Fälle, in denen die Unaufklärbarkeit auf einem ärztlichen Verschulden beruht, sondern auch in denjenigen Fällen, in denen der Behandlungsfehler typischerweise die aufgetretene Operationskomplikation verursacht, wurde vom Reichsgericht der Anscheinsbeweis zugelassen. Hierzu führte das Reichsgericht in Bd. 171,171 aus: "Im Einzelfall kann es eine gerechte Interessenabwägung erfordern, daß der Arzt sich wegen der Ursächlichkeit oder Mitursächlichkeit eines von ihm schuldhaft begangenen Fehlers entlasten muß. Der erkennende Senat hat dies insbesondere in den Fällen angenommen, in denen der Arzt den Kranken durch unsachgemäße Behandlung bewußt oder leichtfertig einer Gefahr ausgesetzt hat, die den äußeren Umständen nach gerade die

(160) Es handelte sich hier darum, daß keine Röntgenbilder angefertigt worden waren.

(161) Vgl. etwa BGH VersR 62,528; OLG Frankfurt/Main, VersR 56,554

Schädigung herbeiführen konnte, die dann eingetreten ist."

(162) Die prima-facie-Beweisführung besagt nun, daß es dem Arzt obliegt, besondere Umstände darzutun, aufgrund derer das Gericht "bei Würdigung des gesamten Sachverhalts in freier Überzeugung gemäß § 287 ZPO dazu gelangen kann, einen mit der Gefahr nicht in Zusammenhang zu bringenden Ursachenablauf festzustellen". (163) Nach den Grundsätzen über den Anscheinsbeweis genügt es nicht, wenn der Arzt nur die Möglichkeit eines anderen Ursachenablaufes dartut. (164)

Der Bundesgerichtshof ist in seinem Urteil vom 21. 12.55⁽¹⁶⁵⁾ auch für diese Fälle über die Grundsätze des Anscheinsbeweises hinausgegangen. Sofern der Arzt vorsätzlich oder grob leichtfertig eine Gefahr für den Patienten herbeigeführt hat, die den Umständen nach geeignet ist, gerade d e n Schaden herbeizuführen, der eingetreten ist, hält der Bundesgerichtshof eine echte Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes für gerechtfertigt. Noch weitergehend ist das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28.4.59,⁽¹⁶⁶⁾ das zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes bereits dann kommt, wenn der Arzt schuldhaft einen g r o b e n B e h a n d l u n g s f e h l e r begangen hat, der den äusseren Umständen nach gerade die Schädigung herbeiführen konnte, die eingetreten ist. (167) Zur Begründung einer Beweislast u m k e h r an Stelle des Anscheinsbeweises führt der Bundesgerichtshof in der Entscheidung des VI. Senats vom 21.12.55 aus,

(162) Vgl. hierzu aus der Rspr. des Reichsgerichts RG HRR 1937 Nr. 1301; RG WarnRspr. 1941 Nr. 14

(163) RGZ 171,171

(164) Nach BGH NJW 56,1835 = LindMöhr Nr. 25 zu § 286 ZPO (C) muß diese Möglichkeit eines anderen Zusammenhanges "in ernste Betrachtung" rücken; St. Rspr.

(165) BGH NJW 56,1835, s. Anm. 164)

(166) NJW 59,1583

(167) Es wird also nicht mehr ein wenigstens grob leichtfertiges Gefahrsetzen gefordert, was ein besonderes subjektives Verschuldensmoment voraussetzt.

diese sei gerechtfertigt, weil es billig sei, den Arzt dafür einstehen zu lassen, "daß er durch solch leichtfertig begangenen Fehler die Lage herbeigeführt hat, die nicht mehr erkennen läßt, ob sein Versagen oder eine andere Ursache den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat". In diesen Fällen genüge es nicht, heißt es in der Entscheidung weiter, daß der Arzt die durch den typischen Geschehensablauf gewonnene richterliche Überzeugung erschüttere, er müsse vielmehr beweisen, daß der Erfolg nicht auf seinem Behandlungsfehler beruhe.

Beim eigenmächtigen Heileingriff wirkt es sich beweisrechtlich zuungunsten des Arztes aus, daß die Operationseinwilligung den ärztlichen Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung überhaupt erst rechtfertigt.⁽¹⁶⁸⁾ Die rechtshindernde Einwendung der Einwilligung muß nach allgemeinen Beweisgrundsätzen der Arzt beweisen.⁽¹⁶⁹⁾ Er muß, sofern die Rechtswirksamkeit der Einwilligung in Frage steht, auch die gehörige Aufklärung beweisen oder Umstände dartun, aus denen sich ergibt, daß ausnahmsweise auf Aufklärung verzichtet werden durfte.⁽¹⁷⁰⁾ Das "non liquet" trägt der Arzt. Dies verschlechtert seine Prozeßlage sehr. Schmidt⁽¹⁷¹⁾ glaubt, daß es mit dieser Beweispflicht des Arztes bezüglich des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung zusammenhängt, daß in den Arzthaftpflichtprozessen meist die Behauptung eines Kunstfehlers mit der Behauptung einer Verletzung der Aufklärungspflicht gekoppelt wird.⁽¹⁷²⁾

Die Beweislast bezüglich der Ursächlichkeit des Unterlassens obliegt dem Patienten nach allgemeinen Beweisgrundsätzen. Doch findet auch hier unter Umständen der Beweis des ersten Anscheins Anwendung.⁽¹⁷³⁾ Der Arzt trägt dagegen die Beweislast für sog. hypothetische Ursachen.⁽¹⁷⁴⁾

(168) Schmidt, Gutachten S. 34 Nr. 23

(169) Schmidt, Gutachten S. 34 mit weiteren Nachw. unter Fußn. 48

(170) Schmidt, Gutachten S. 34 mit Nachw. unter Fußn. 49

(171) Gutachten S. 35

(172) vgl. RGZ 78,432; BGHZ 29,176 (178)

(173) BGHZ 7,199 (201)

(174) RGZ 163,129; BGH VersR 54,98; BGH NJW 59,2229 mit Rechtsprechungsübersicht.

Er trägt bspw. die Beweislast für die Behauptung, der Patient hätte auch bei völliger Aufklärung seine Einwilligung gegeben und demzufolge wären bei dem mit Einwilligung erfolgten Eingriff die gleichen (auch schicksalsmäßigen) Folgen eingetreten. (175)

Wie gezeigt stellt sich auch die Verteilung der Beweislast als ein Umstand dar, der die Stellung des Arztes im Haftpflichtprozeß gegenüber der Stellung sonstiger Werkunternehmer, die in Ausübung ihrer Tätigkeit einem Dritten Schaden zufügen, wesentlich ungünstiger erscheinen läßt. Doch hängt auch dieser Umstand mit dem Wesen der ärztlichen Heiltätigkeit und ihrer Einordnung in das allgemeine Haftungssystem zusammen.

Vierter Abschnitt

Z u s a m m e n f a s s e n d :

F ü r d e n K r a n k e n h a u s a r z t b e -
s t e h t b e i m t o t a l e n K r a n k e n -
h a u s v e r t r a g e i n e r h ö h t e s
B e d ü r f n i s n a c h z i v i l r e c h t -
l i c h e r H a f t u n g s b e s c h r ä n k u n g

Wir sahen, daß insgesamt gesehen die Haftung des Arztes in den Fällen einer Behandlung von Privatpatienten nicht so gravierend und gegenüber der normalen Unternehmerhaftung nicht so unbillig ist, daß es "de lege ferenda" hier einer besonderen Haftungsbeschränkung bedürfe. Der Arzt kann sich ausreichend durch den Abschluß einer Privathaftpflichtversicherung sowie durch die Vereinbarung eines risikoäquivalenten Honorars sichern. Die Gefahr, daß der Arzt überhaupt mit einem Haftpflichtprozeß überzogen wird, läßt sich generell nicht ausschließen.

Die Haftungssituation ist jedoch, gemessen an dem Verantwortungsbereich des Arztes, unbillig in den Fällen einer Krankenhausbehandlung von Kassenpatienten. Insbesondere aus dem Behandlungszwang, dem jeder Krankenhausarzt unterliegt,

(175) RGZ 163,129; OLG Stuttgart, auszugsw. bei Perret S. 27 (27)

ergibt sich für diesen ein erhöhtes Haftungsrisiko, gegen das er sich nicht ausreichend selbst schützen kann. Der Abschluß einer Privathaftpflichtversicherung auch in diesen Fällen wird der Interessensituation nicht voll gerecht, da der Arzt die Prämien nicht seinerseits auf das Honorar schlagen kann. Die Gefahr, mit einem Prozeß überzogen zu werden, ist im Falle des Abschlusses eines totalen Krankenhausvertrages besonders groß, da hier oft nur der Arzt auf Schmerzensgeld haftet, zumindest jedoch im Innenverhältnis zum vollen Ausgleich verpflichtet ist.

Es soll natürlich nicht verkannt werden, daß auch ausserhalb des Krankenhausbetriebes für den frei praktizierenden Arzt ebenso wie für den Chefarzt mit Privatpraxis Haftungsprobleme bestehen, die der freie Unternehmer nicht kennt. Gerade die Kassenpraxis gibt dem Privatarzt ähnliche Haftungsprobleme auf wie dem Krankenhausarzt. Es soll daher zunächst untersucht werden, inwieweit die ärztliche Haftung allgemein gesetzlich oder vertraglich beschränkbar ist. Die Untersuchung der Verteilung des Haftungsrisikos zwischen Krankenhausträger und Krankenhausarzt soll jedoch die vornehmliche Aufgabe dieser Arbeit sein.

Zweiter Teil

Gibt es die Möglichkeit der Beschränkung der persönlichen ärztlichen Haftung durch Vertrag oder durch den Grundsatz des sog. Handelns auf eigene Gefahr ?

Erster Abschnitt

K a n n d e r A r z t s e i n e H a f t u n g v e r -
t r a g l i c h b e s c h r ä n k e n ?

I. Allgemeines zur Freizeichnung

Nach der im Schuldrecht vorherrschenden Privatautonomie ist es den Vertragsparteien grundsätzlich freigestellt, die Schadenstragung im Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen zu regeln.⁽¹⁷⁶⁾ Der Gesetzgeber hat zwar generelle Haftungsnormen aufgestellt, überläßt es jedoch dem Einzelnen, über den zivilrechtlichen Ausgleich seines Schadens selbst Bestimmungen zu treffen, da das Interesse der Allgemeinheit hiervon grundsätzlich unberührt bleibt.

Die gesetzlichen Haftungsbestimmungen regeln die rechtliche Zuordnung des eingetretenen Schadens zum Vermögen eines bestimmten Rechtsträgers unter Berücksichtigung der normalen Interessenlage: Während grundsätzlich jeder Einzelne den in seiner Sphäre sich verwirklichenden Schaden materiell selbst zu tragen hat, tritt über die schuldrechtlichen Haftungsvorschriften eine rechtliche Zuordnung des Schadens zum Bereich des Schädigers ein. Die vertraglich vereinbarte Rückverlagerung dieses Haftungsrisikos auf den gefährdeten Rechtsgutsträger, welche ihre Schranken lediglich in den guten Sitten (§ 138 BGB) findet, ist Ziel und Inhalt der sog. Freizeichnungsklauseln. Die Rechtsprechung hat verschiedene Grundsätze aufgestellt, nach denen die in sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Freizeichnungsklauseln wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig sind.⁽¹⁷⁷⁾ Da aber der

(176) Vgl. etwa RGRK § 276 Anm. 76 und Enn.-Nipp. 1. Hlbd. § 49 III

(177) Es kann dahingestellt bleiben, ob bereits der Aufstellungsvorgang oder erst die Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag rechtsgeschäftlichen Charakter hat, vgl. darüber bei Lukes, JUS 1961, 301

Grundsatz der Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit stets beachtet werden muß, kommt eine Nichtigkeit in erster Linie nur bei unbilliger Ausnutzung der wirtschaftlichen oder faktischen Monopolstellung eines Unternehmers in Betracht. (178) In diesem Falle ist bspw. die Freizeichnung vom groben eigenen Verschulden und von dem der leitenden Angestellten nichtig. (179) Der Maßstab der guten Sitten, der ja im Sinne der im Volke tatsächlich geübten Rechtsmoral an jeden Vertrag anzulegen ist, beeinflusst jedoch in gleicher Weise den zwischen Einzelpersonen abgeschlossenen Individualvertrag, der nicht aus wirtschaftlichen Motiven generell gefaßt und an Allgemeininteressen ausgerichtet ist.

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann in einem Verhalten dem Geschäftspartner gegenüber begründet sein, kann sich aber auch aus dem Inhalt des Geschäfts schlechthin ergeben. Grundsätzlich wird nun von der Rechtsprechung die Freizeichnung unter dem ersteren, der Verstoß gegen Standespflichten, soweit als Nichtigkeitsgrund anerkannt, unter dem letzteren Komplex betrachtet. (180) Die Frage der Nichtigkeit nach § 138 BGB kann jedoch nicht von vornherein unter dem einen oder anderen Aspekt beurteilt werden. Denn die Einordnung ist letztenendes von dem anzulegenden Maßstab der guten Sitten abhängig. Wenn man die Nichtigkeit nach § 138 BGB bereits aus dem Inhalt des Geschäfts selbst, ohne Heranziehung konkreter, sich erst aus den einzelnen Umständen ergebenden Tatsachen bejaht, so bedarf es nicht der Eingehung auf derartige begleitende Nebenumstände im Einzelfall. Folgt man dagegen die Sittenwidrigkeit nicht generell aus dem Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts, so kann sich dennoch im konkreten Fall aus den besonderen Begleitumständen ein Sittenverstoß ergeben. Es ist daher zunächst ohne Rücksicht auf Individualmerkmale prinzipiell zu prüfen, ob der Haftungsausschluß im Arztrecht allgemein standeswidrig und damit möglicherweise auch sittenwidrig ist. Gewisse Anhaltspunkte

(178) RGZ 143,28; 103,82; 106, 386

(179) BGHZ 20,164; BGH MDR 62,544

(180) Palandt, Anm. 5 ff zu § 138 BGB

für die Beurteilung dieser Frage liefert die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Erfolgshonorar- und Konkurrenzklausel sowie der Praxisveräußerung. (181)

II. Freizeichnung vom ärztlichen Verschulden im Hinblick auf die Standesehre

Zunächst erscheint es schwierig zu entscheiden, nach welchen Maßstäben sich der Richter sein Werturteil über ein standeswidriges Verhalten bilden soll. Sollen die Anschauungen des betreffenden Standes selbst ausschlaggebend sein? Hierfür setzen sich Schmidt⁽¹⁸²⁾ und Grünewald⁽¹⁸³⁾ ein. Der Bundesgerichtshof dagegen entscheidet die umstrittenen ethischen Fragen nach eigener sittlicher Wert- und Weltanschauung.⁽¹⁸⁴⁾ Richtiger sollte man bei der Beurteilung die standesethischen Grundsätze und Werturteile respektieren.⁽¹⁸⁵⁾ Nach Kaufmann⁽¹⁸⁶⁾ sind die standesethischen Werturteile von wertbestimmender Bedeutung für die im Recht immanenten sittlichen Grundwerte. Lewald⁽¹⁸⁷⁾ will sogar noch weiter gehen und annehmen, die Standesorganisationen wie bspw. die Bundesrechtsanwaltskammern könnten durch Satzungen Standesrecht schaffen, an das u.U. die Gerichte gebunden seien. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Freizeichnung vom ärztlichen Verschulden standeswidrig ist, müssen daher auf jeden Fall die standesethischen Grundsätze herangezogen werden.

(181) Vgl. RGZ 115,141; 142,70; BGH NJW 61,313; BGH NJW 63,1147 und 1301

(182) Gutachten S.139, insbes. Fußn.287) und in JZ 54,374; vgl. auch denselben in: Die Sache der Justiz, 1961,42

(183) ZStrW 73,5 (31 ff)

(184) Vgl. etwa das 1. Elektroschockurteil v. 10.7.54 (NJW 56, 1106) und das Schlägermensururteil in BGHStr 4,24

(185) Schmidt, Gutachten S.140 Fußn.287: Der Würde des richterlichen Urteils geschieht keinerlei Abtrag, wenn das Gericht standesethische Vorfragen so behandelt, wie wenn sie von den Trägern und verantwortlichen Verwaltern dieser Standesethik beantwortet werden.

(186) ZStrW 73,341

(187) NJW 61,313 (314); so auch Spann, 219

Nach § 1 der Bundesärzteordnung vom 2.10.1961⁽¹⁸⁸⁾ dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes, und nach § 1 der Berufsordnung für die Ärzte in Rheinland-Pfalz v. 16.1.1960⁽¹⁸⁹⁾ ist es Aufgabe des Arztes, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen sowie Leiden zu mildern. Der ärztliche Beruf verlangt, daß jeder Standesvertreter seine Aufgaben nach seinem Gewissen und nach den Geboten der ärztlichen Sitte erfüllt.⁽¹⁹⁰⁾

Diese allgemeinen, über die ärztliche Berufsausübung gestellten Leitsätze zeigen bereits, daß die ärztliche Tätigkeit nur die Heilbehandlung im strengen Sinne umfaßt. Kosmetische Operationen bspw. sind aus dem in Frage kommenden Problemkreis ärztlicher Tätigkeit auszuklammern. Die Schönheitsoperation fällt nicht unter den Begriff der Heilbehandlung, die den Ärzten als Angehörigen einer im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Berufsklasse obliegt.⁽¹⁹¹⁾ Der kosmetische Eingriff ist daher strafrechtlich nicht unter die Heilbehandlung und zivilrechtlich unter den reinen Werkvertrag zu rechnen, der ein vermögensrechtliches Austauschverhältnis ist. Im Rahmen dieses Vertrages ist eine Haftungsbeschränkung seitens des Arztes wohl unbedenklich zulässig. Ausgangspunkt unserer Betrachtung, die sich mit der Standeswidrigkeit ärztlicher Freizeichnung beschäftigt, ist allein die im Dienste der Menschheit stehende Tätigkeit des Arztes, welche diesem als öffentliche Aufgabe obliegt.

Der Arzt ist Angehöriger eines Standes, d.i. einer sich durch die gemeinsame Berufsausübung auszeichnenden, auf bestimmtem Ehrbegriff und Lebensideal fußenden und auf fest umrissenen Rechten beruhenden Gesellschaftsgruppe,⁽¹⁹²⁾ die in einer öffentlich-rechtlichen Institution, der Ärztekammer, zusammengefaßt ist.⁽¹⁹³⁾ Da nun die Tätigkeit

(188) BGBI.I S. 1857

(189) s. Erlaß d. InnenMin. v. 30.1.60

(190) Präambel zur Berufsordnung der Ärzte von Rhld.Pfalz

(191) Maurach, S. 72; Engisch, S. 6 mit weiteren Nachw. u. Fußn. 1)

(192) Brockhaus, Stand

(193) § 368 m) Abs. 4 RV0; vgl. hierzu BSG, U.v. 15.3.63,

des Arztes, wie sonst in kaum einem anderen Berufe erkennbar, über die erforderliche manuelle Geschicklichkeit hinaus eine starke menschliche Persönlichkeit, verbunden mit einem ausgeprägten Verantwortungsbewußtsein, verlangt, liegen die ärztlichen Pflichten über der Ebene des Wissens und Könnens in starkem Maße im ethischen Bereich.⁽¹⁹⁴⁾ Unter Berücksichtigung solcher Überlegungen sind die einzelnen Berufsordnungen der Landesärztekammern abgefaßt, in denen die verschiedenen Rechte und Pflichten der Ärzte abgegrenzt sind.⁽¹⁹⁵⁾ Hier wird insbesondere die Bindung an das Gewissen und die ärztliche Sitte hervorgehoben und betont, daß der Arzt eine dem Nutzen der Menschheit dienende öffentliche Aufgabe erfüllt.⁽¹⁹⁶⁾

Die Standesehre der Ärzte wird in erster Linie durch das Gelöbnis bestimmt, das für jeden Standesvertreter gilt und gleichsam die Präambel der einzelnen Berufsordnungen bildet. Darin verspricht der Arzt feierlich auf seine Ehre, seinen Beruf mit Gewissenhaftigkeit und Würde auszuüben und "seine ärztliche Kunst selbst unter Bedrohung nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anzuwenden".⁽¹⁹⁷⁾ In § 1 Abs. II aaO heißt es weiter, daß der Arzt verpflichtet ist, sich bei seinem Verhalten innerhalb und ausserhalb seines Berufes der Achtung und des Vertrauens würdig zu zeigen, welche der ärztliche Beruf erfordert. Dies sind die hervorstechenden Merkmale der ärztlichen Standesehre. Mit dieser Standesehre, mit dem von der Öffentlichkeit in die ärztliche Tätigkeit gesetzten Vertrauen ver trägt es sich nicht, daß der Arzt seine Haftung beschränkt. Das Reichsgericht hat ausgeführt,⁽¹⁹⁸⁾ daß sich der Beruf

Dtsch.med.Wschr. 63,1490; zur Bedeutung der LAK Hoh, S. 6

(194) So auch RGZ 66,143 (148); Luetgebrune S. 149; Scheffler, NJW 61,578

(195) Vgl. im folgenden die Berufsordnung für Ärzte in Rhld.Pfalz v. 16.1.1960

(196) So auch RGZ 66,143 (148)

(197) aaO vor A)

(198) RGZ 144,1 (5)

des Arztes aus dem Rahmen der reinen Erwerbstätigkeit heraushebe und dem einzelnen Berufsangehörigen im höchsten Maße menschliches Vertrauen zuteil werden lasse, das notwendigerweise ganz an seine Person gebunden sei. Diese Auffassung diene nicht nur den Belangen der Ärzteschaft, sondern auch dem Wohle der Allgemeinheit, die der Ärzte bedürfe. Vertrauen und Achtung des Patienten dem Arzt gegenüber sind zwei wichtige Voraussetzungen für den Heilerfolg. Der Arzt wird nicht auf dem Boden des Schuldrechts im rein materiellen Eigeninteresse tätig, sondern ist Träger geistiger Kräfte im Dienste des Allgemeinwohls, wodurch ihm im öffentlichen Interesse eine erhöhte Verantwortung auferlegt wird. ⁽¹⁹⁹⁾

Das Reichsgericht führt hierzu in Bd. 66,150 aus: "Es ziemt nach allgemeiner Anschauung den Vertretern wissenschaftlicher, staatlich geordneter, den wichtigsten Gemeininteressen dienender Berufe nicht, der Berufsausübung irgendeine Beschränkung (nach Ort, nach Zeit oder gegenständlich) aufzuerlegen oder auferlegen zu lassen es verletzt das öffentliche Interesse unmittelbar, wenn diese der Allgemeinheit gewidmeten Funktionen in privatem Interesse und zu privatem Nutzen irgend gehemmt oder gebunden werden". Schon aus diesen Gründen muß der Vertrauensbruch, der in einer ärztlichen Haftungsbeschränkung zu erblicken ist, als standeswidrig bezeichnet werden. Darüber hinaus läge eine solche Vereinbarung jedoch auch unter der ärztlichen Würde, welche mit Inhalt des ärztlichen Gelöbnisses ist. Denn die ärztliche Würde verbietet es, für eigenes Verschulden nicht eintreten zu wollen und durch die persönliche Freizeichnung als praktisch damit verbundene Konsequenz den ärztlichen Beruf nicht mit der individuell und objektiv größtmöglichen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auszuüben. ⁽²⁰⁰⁾

(199) RGZ 66,143 (150)

(200) Schmidt, Gutachten S.36 Nr. 23, hält Pauschaleinwilligungen der Ärzte in schriftlicher Form vor Operationen für standeswidrig.

Im Ergebnis ist demzufolge festzuhalten, daß eine Freizeichnung vom persönlichen ärztlichen Verschulden regelmässig der ärztlichen Standesehre widerspricht.

III. Verstoß gegen Standespflichten als Fall der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB

Zunächst stellt sich die Frage, ob mit der Bejahung der Standeswidrigkeit überhaupt noch Raum für eine gesonderte Prüfung der Sittenwidrigkeit gegeben ist und wie sich somit die Standeswidrigkeit zur Sittenwidrigkeit verhält.

Am Anfang seiner Judikatur betreffend die Erfolgshonorarklausel im Anwaltsvertrag stellte sich das Reichsgericht auf den Standpunkt des Ehrengerichtshofes für Rechtsanwälte. Dieser vertrat die Ansicht:⁽²⁰¹⁾ "Verstößt ein Honorarvertrag gegen Berufspflichten, so verstößt er zugleich gegen die guten Sitten nach § 138 Abs.1 BGB". Das Reichsgericht hat jedoch im folgenden nicht an dieser Auffassung festgehalten, letztenendes wohl deshalb nicht, weil es die Ansicht des Ehrengerichtshofes für nicht maßgeblich erachtete und sich selbst das Recht zuerkannte, darüber zu entscheiden, ob eine Vereinbarung gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstößt. Demzufolge stellte es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1913⁽²⁰²⁾ darauf ab, ob sich die Vereinbarung nach ihrem Gesamtcharakter, unabhängig von dem Verstoß gegen Standespflichten, als sittenwidrig darstellt. Damit wurde die Standeswidrigkeit nicht als genereller Grund für den Ausspruch der Sittenwidrigkeit angesehen, was das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung,⁽²⁰³⁾ welche insbesondere der Zwiespältigkeit in der Judikatur zur Nichtigkeit wegen Verletzung der Standesehre Rechnung trug, ausdrücklich zu erkennen gab.

Der Bundesgerichtshof hat ebenfalls bereits in mehreren Entscheidungen Stellung zu der Frage der Standes- und

(201) EGH 5,74; 7,121

(202) RGZ 83,109

(203) RGZ 142,70

Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen genommen. Zunächst hat er in dem sog. Schlägermensururteil⁽²⁰⁴⁾ ausgeführt, als sittenwidrig im strafrechtlichen Sinne könne nur angesehen werden, "was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell strafwürdiges Unrecht ist". Auch in einigen Zivilurteilen zur Frage der Zulässigkeit der 'quota litis',⁽²⁰⁵⁾ hat der Bundesgerichtshof sich der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen und ist davon ausgegangen, daß nicht schon jeder Standesverstoß "eines an eine Standesordnung gebundenen Vertragsteiles das betreffende Rechtsgeschäft sittenwidrig macht".⁽²⁰⁶⁾ Sofern die Verletzung einer "wichtigen Standespflicht" vorliege, lasse jedoch der Standesverstoß die betreffende Vereinbarung grundsätzlich sittenwidrig erscheinen.⁽²⁰⁷⁾ Der Bundesgerichtshof stellt dabei bezüglich der Frage, was "wichtige Standespflichten" sind, auf die Funktion des Standesmitglieds in der Gemeinschaft ab, die mit der betreffenden Aufgabe, auf die sich die standeswidrige Vereinbarung bezieht, in engem Zusammenhang steht. Der Rechtsanwalt bspw., führt der Bundesgerichtshof aus,⁽²⁰⁸⁾ diene der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, und aus seinem aktiven Mithilfe-recht verbiete es sich, daß er die Bezahlung von einem Erfolg abhängig mache. Schon das Reichsgericht hatte ausgeführt,⁽²⁰⁹⁾ daß bei einem Verstoß gegen Standespflichten dann kein weiteres Moment hinzukommen müsse, um die Sittenwidrigkeit zu begründen, wenn es sich um Personen handele, welche Träger wichtiger öffentlicher Funktionen seien. Als solcher Träger wichtiger öffentlicher Funktionen wird der Rechtsanwalt wie gezeigt auch vom Bundesgerichtshof angesehen. Der Arzt ist es mindestens im gleichen

(204) BGHStr 4,24

(205) BGH NJW 63,1147; BGH NJW 63,1301 (1303); BGHZ 34,64 (77) = NJW 61,313 mit Anmerkung von Lewald.

(206) NJW 63,1148

(207) BGH NJW 63,1147

(208) NJW 63,1148

(209) RGZ 115,141 (144); 142,81; 144,244

Maße. Er ist entscheidend in das Heilwesen als Aufgabe materieller Leistungsverwaltung eingeschaltet. Seine Berufspflichten bestehen daher in besonderem Maße im öffentlichen Interesse.

Der Vertrauensgrundsatz verbietet es gerade im Arztrecht, die öffentlichen Pflichten in irgendeiner Weise im privaten Interesse zu beschränken. Es erübrigt sich daher, im Einzelfall darauf abzustellen, ob die Freizeichnung innerhalb oder ausserhalb eines Arztvertrages deshalb sittenwidrig ist, weil eine bestehende Zwangslage, in der sich der Patient befindet, sei sie physischer oder psychischer Art, vom Arzt ausgenutzt wird. Entscheidend ist, daß sich eine Haftungsbeschränkung schlechthin nicht mit den ärztlichen Pflichten und dem in die ärztliche Aufgabe gesetzten öffentlichen Vertrauen vereinbaren läßt und daher als Sittenverstoß mit der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB gewertet werden muß. Der Arzt nimmt mit seinem Beruf in der Gemeinschaft eine derartige Sonderstellung ein, daß aus rein wirtschaftlichen Erwägungen völlig gerechtfertigte Prinzipien wie das der Haftungsbeschränkung in Bezug auf seine Tätigkeit keine Anwendung finden können.

Dies hat freilich nur zu gelten, sofern sich der Patient unmittelbar an den behandelnden Arzt wendet, denn das Vertrauen, das der Kranke in den Arzt setzt, ist an dessen Person gebunden. Nur dem Arzt persönlich obliegen die Standespflichten. Die Frage, ob bei einer Aufnahme eines Kassenpatienten in die 3. Pflegeklasse eines Krankenhauses oder auch im Rahmen eines gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrages eine Haftungsbeschränkung seitens des Krankenhausträgers möglich ist, richtet sich nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten. Hier gelten in Bezug auf etwaige Unwirksamkeit nicht die Grundsätze über standeswidriges Verhalten, sondern die öffentlich-rechtlichen Grundsätze, nach denen unter Umständen die Haftungsbeschränkung dann unzulässig ist, wenn sie mit den allgemeinen fürsorgerischen Aufgaben der Verwaltung in Widerspruch stehen würde. Die h.M. geht allgemein wohl

dahin, daß eine Haftungsbeschränkung in öffentlichen Krankenhäusern wegen der monopolartigen Stellung ausgeschlossen ist. (210)

Zweiter Abschnitt

G i b t e s i m A r z t r e c h t e i n e H a f t u n g s b e s c h r ä n k u n g d u r c h s o g . H a n d e l n a u f e i g e n e G e f a h r b e i e r k a n n t e n O p e r a t i o n s r i s i k e n ?

I. Das Problem

Das allgemeine Schuldrecht kennt die rechtliche Zuordnung des endgültigen Schadens zum Vermögen des Geschädigten trotz einer nach abdingbaren Gesetzesvorschriften an sich bestehenden Haftung des Schädigers nur in Form der vorweggenommenen Haftungsvereinbarung oder des Haftungsverzichtsvertrages. Lehre und Rechtsprechung haben darüber hinaus das Institut der Haftungsbeschränkung kraft 'Handelns auf eigene Gefahr' entwickelt. Der Grundgedanke dieses besonderen Haftungsbeschränkungsgrundes ist darin zu erblicken, daß derjenige, der die besondere Gefährdung seiner Rechtsgüterwelt erkannte und sich trotzdem der Gefahr ohne rechtliche, berufliche oder moralische Verpflichtung aussetzte, seinen Schaden im Falle einer widerrechtlichen Verletzung durch den rechtsgutgefährdenden Dritten selbst tragen muß. Ob das Handeln auf eigene Gefahr zu einem völligen Haftungsausschluß oder nur zu einer anteilmässigen Schadenstragung führt, richtet sich nach der rechtlichen Einordnung dieses Instituts in das Haftungssystem. Für die ärztliche Heilbehandlung kommt

(210) So Kallfelz in einer Anmerkung zum Urteil des RG v. 30. Juno 1936 in JW 36,3182; ebenso Kleinewefers in VersR 64,203; Liertz-Pfaffrath, Handbuch des Arztrechts, 1938, S. 349. Schmidt, Gutachten S. 36 Nr. 23 hält bereits Pauschaleinwilligungen bei Krankenhauseinlieferung auf vorgedruckten Antragsformularen für unzulässig, da hierdurch regelmässig nur eine Beweislastumkehr zu Lasten des Patienten bezweckt werde. A.A. ist Forsthoff, Verwaltungsrecht Bd. I, S. 369 Anm.1). Er lehnt eine Haftungsbeschränkung generell nur ab, wenn sich die Behandlung in dem betreffenden Krankenhaus nach öffentlichem Recht richtet.

ein Handeln auf eigene Gefahr des Patienten schon im Ausgangspunkt nur insoweit in Betracht, als sich das unmittelbare Schadensereignis im Rahmen des vom Patienten erkannten Risikos ereignet, welches ihm durch spezielle Aufklärung vor Augen geführt wurde bzw. dessen Verdeutlichung es aufgrund seines konkreten Fachwissens nicht bedurfte. Im Bereich des eigenmächtigen Heileingriffs, dessen Besonderheit in der fehlenden Aufklärung liegt, kann Handeln auf eigene Gefahr bereits im Ausgangspunkt nicht in Frage kommen.

II. H.a.e.G. als rechtlich anerkannter Haftungsbeschränkungsgrund bei erkannten Schadensrisiken

Das Institut des H.a.e.G. wurde zunächst an der Gefährdungshaftung entwickelt. Diese beruht darauf, daß jemand für die einer ihm gehörenden oder von ihm rechtmässigerweise in Betrieb gesetzten Sache innewohnende, erhöhte Gefahr ohne weitergehendes eigenes Verschulden⁽²¹¹⁾ einzustehen hat, weil die anderen Verkehrsteilnehmer dieser Gefahr regelmässig nicht ausweichen können.⁽²¹²⁾ Der Gefährdete muß jedoch dann dieses über der normalen, mit der Teilnahme am sozialen Leben ohnehin verbundenen Gefahr liegende Risiko selbst tragen, wenn er sich der Gefahr bewußt und ohne sozialen Zwang hierzu aus der allgemeinen Daseinsvorsorge heraus aussetzt. Denn dann trifft auf ihn der Schutzzweck der Gefährdungshaftung nicht mehr zu,⁽²¹³⁾ und in diesem Falle wäre die vom Verschuldensfordernis losgelöste Erfolgshaftung des Begründers einer abstrakten Betriebsgefahr unbillig.⁽²¹⁴⁾ Es ist dabei zu

(211) Die Gefährdungshaftung betrifft den Zufalls- oder Unglücksschaden - s.Esser, Gefährdungshaftung S.1

(212) Larenz, Schuldrecht I, S.138 und II. S. 384,385 Anm.1; Esser, Gefährdungshaftung S.109, insbesondere Anm. 6; nennt diesen Gesichtspunkt den der sozialnotwendigen Interessenexponierung.

(213) Larenz, Schuldrecht I S. 138 und Stoll, S. 345 ff

(214) Esser, Gefährdungshaftung S.109 legt den Schwerpunkt der Rechtfertigung eines Wegfalls der Gefährdungshaftung auf die freiwillige Interessenexponierung ohne sozialen Zwang hierzu, s. auch ders. S. 103

vermerken, daß das Reichsgericht am Anfang seiner Judikatur nicht etwa versuchte, den Ausschluß der Gefährdungshaftung durch H.a.e.G. mit § 254 BGB zu begründen oder gar dem H.a.e.G. eine selbständige rechtsgeschäftliche Bedeutung beizumessen.⁽²¹⁵⁾ Der Ausschluß der Gefährdungshaftung durch H.a.e.G. wurde und wird auch heute noch⁽²¹⁶⁾ aus dem Wesen der Gefährdungshaftung selbst begründet.⁽²¹⁷⁾

Erst allmählich wurde dem Institut des H.a.e.G. selbständige Bedeutung im Schadensersatzrecht beigemessen. Rechtsprechung und Lehre haben allmählich das Institut des H.a.e.G. als Haftungsbeschränkungsgrund allgemein anerkannt und nicht nur bei der Gefährdungshaftung, sondern darüber hinaus auch im Bereich der Verschuldenshaftung angewandt.

Das H.a.e.G. wurde ausserhalb der Gefährdungshaftung vom Reichsgericht als mitwirkende Ursache des Schadens angesehen und demzufolge unter § 254 BGB eingeordnet.⁽²¹⁸⁾ Das führte naturgemäß nur zu einer beweglichen Schadensminderung, nicht zu einem völligen Haftungsausschluß.

Aus der Bestrebung heraus, bei erkanntem Schadensrisiko zu einem völligen Haftungsausschluß auch im Rahmen der Verschuldenshaftung zu gelangen, suchte man das Wesen des H.a.e.G. in einer Einwilligung des Gefährdeten in die mögliche Verletzung, welche die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung ausschließt,⁽²¹⁹⁾ teilweise aber auch in einem zweiseitigen, stillschweigenden Haftungsverzichtsvertrag über künftige Schadensersatzansprüche.⁽²²⁰⁾ Die Einwilligungstheorie gewann im Laufe der Zeit in der Recht-

(215) RG WarnRspr 09 Nr. 357; RGZ 130,162

(216) Vgl. Larenz, Schuldrecht I S. 138

(217) Nur bei Erkennenmüssen der Gefahr kommt § 254 BGB zum Tragen: BGH VersR 61,756; BGH VersR 62,355

(218) RG WarnRspr 09 Nr. 357; RGZ 130,162 (168); vgl. auch Wussow, TZ 1429; Krückmann in JW 32,3688

(219) Seit RGZ 141,262 st.Rspr; vgl. noch BGH NJW 58,905. Aus dem Schrifttum: Palandt, Vorbem. 8c) vor § 823 BGB; Esser, Schuldrecht § 201 3h); Enn.-Lehm. § 231 III 3; G. Boehmer in DAR 57,228

(220) So z.B. statt vieler Geigel, TZ 10,20 (bis 8.Aufl.) und Enn.-Nipp. § 210,II

sprechung die Oberhand, bis sich der Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung vom 14.3.61⁽²²¹⁾ im Anschluß an einen Teil der Lehre⁽²²²⁾ gegen sie ausgesprochen hat. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Urteil darauf hingewiesen, daß auf die bewußte Selbstgefährdung die strafrechtlichen Grundsätze betreffend die Abgrenzung von 'dolus eventualis' und 'bewußter Fahrlässigkeit' anzuwenden sind, und zwar nach der herrschenden Einwilligungstheorie.⁽²²³⁾ Eine Einwilligung in den als möglich vorgestellten Verletzungserfolg liegt demnach bei erkanntem Schadensrisiko regelmässig deshalb nicht vor, weil der Gefährdete hofft, das Risiko werde sich nicht verwirklichen, also nur 'bewußt fahrlässig' handelt, weil er sich dem Risiko im Vertrauen auf dessen Nichteintritt aussetzt. Wie der Bundesgerichtshof an anderer Stelle⁽²²⁴⁾ ausgeführt hat, kann als Einwilligung i.S.d. § 226 a StGB immer nur ein Verhalten in Betracht gezogen werden, "durch das der Träger eines

(221) NJW 61,655 = VersR 61,284 = DAR 61,138

(222) Larenz, Schuldrecht I S. 168; Geigel ab 9. Aufl.; E.Böhmer in MDR 58,77; s.auch OLG Oldenburg, DAR 56,296

(223) Diese wurde vom Reichsgericht in st.Rspr. vertreten; vgl. zuletzt RGStr 72,43. Auch der BGH vertritt sie, wenn auch in etwas modifizierter Form, in BGH Str. 7,363 = NJW 55,1688; vgl. kritisch zu dieser Entscheidung Roxin, JUS 64,53 ff, der den Stand der Meinungen wiedergibt. Vgl. aus dem Schrifttum insbes. Welzel, S. 61f. Im Gegensatz zur Einwilligungstheorie unterscheidet die sog. Wahrscheinlichkeitstheorie (H.Mayer, Strafrecht 1953, S. 250 ff, Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl. 1955 S. 177 ff) den 'dolus eventualis' von der bewußten Fahrlässigkeit nach dem höheren Grad der vom Täter vorgestellten Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes. Nach der Einwilligungstheorie handelt demnach bedingt vorsätzlich, wer den Verletzungserfolg als möglicherweise eintretend erkennt und dennoch einen unbedingten Verwirklichungswillen hat - wer sich also mit dem Erfolg "abfindet" -, bewußt fahrlässig, wer die Verletzungsgefahr ebenfalls erkennt, aber im Vertrauen auf deren Nichteintritt handelt; leicht fahrlässig handelt schließlich, wer die Gefahr hätte erkennen müssen. Der Schwerpunkt bei der Unterscheidung zwischen 'dolus eventualis' und bewußter Fahrlässigkeit liegt demnach beim voluntativen Vorsatzelement (Welzel S. 62). Diese Unterscheidung spielt aber auch bei der Einwilligung durch den Verletzten eine Rolle.

(224) NJW 63,401 im Anschl. an BGHStr 4,88(90) = NJW 53,912

Rechtsgutes unmißverständlich kundtut, er wolle das Rechtsgut, im Falle des § 226 a StGB also die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit, der Einwirkung eines bestimmten anderen preisgeben und insoweit auf Strafschutz verzichten". Es wäre lebensfremd, im Falle der bewußten Gefahrexponierung einen derartigen "unmißverständlichen Rechtsgutsverzicht" zu unterstellen. Lediglich besonders gelagerte Umstände, die jedoch keinesfalls bei der normalen, bewußten Selbstgefährdung gegeben sind, können von Fall zu Fall die Annahme einer Einwilligung in mögliche Verletzungen rechtfertigen. (225)

Der Bundesgerichtshof hat es in seinem bereits zitierten Urteil vom 14.3.61 abgelehnt, dem H.a.e.G. eigenständige Bedeutung zuzuerkennen und eine von vornherein feststehende Grenze zwischen den Fällen der völligen Haftungsfreistellung und denen der unbeschränkten Haftung zu ziehen. Er ist nunmehr der Ansicht, daß das Institut des H.a.e.G., sofern man ihm überhaupt grundsätzliche Bedeutung beimessen kann, aus dem Grundsatz des § 242 BGB und dem hierin niedergelegten Verbot des 'Venire contra factum proprium' abzuleiten ist, (225a) und daß eine Haftungsminderung oder -freistellung nur von Fall zu Fall nach einer nach § 254 BGB zu treffenden Wertung vorgenommen werden kann. Der Gedanke des 'venire contra factum proprium' besagt im Zusammenhang mit dem H.a.e.G. im Bereich der Verschuldenshaftung folgendes: Wenn der Gefährdete den drohenden Eintritt des in seine Schadenssphäre fallenden Schadensereignisses erkennt und gleichzeitig sieht, daß es sich um den Eintritt eines Unrechtschadens im Gegensatz zum Zufallsschaden handelt, weil ihn ein Dritter schuldhaft zu verursachen droht, und er sich dennoch ohne triftigen Grund der Gefahr aussetzt, so verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er nach Schadenseintritt den Schädiger schadensersatzpflichtig

(225) Dies kann z.B. bei gewissen Sportarten der Fall sein. Vgl. BayOLG v. 3.8.61 (NJW 61,2073) für Fußballspieler, allerdings nicht für Regelwidrigkeiten.

(225a) So vor allem jetzt Hans Stoll, S. 315 ff.

macht. Es ist ein Rechtsmißbrauch, wenn der Verletzte den Schädiger in Anspruch nimmt, "ohne dabei zu berücksichtigen, daß er selbst die gefährliche Lage bewußt geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der vom Beklagten zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte". Bei der Frage der Haftungsbeschränkung können nach § 242, 254 BGB die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden, etwa die Frage, wie die Gefahrenlage entstanden ist, welches Maß an Verschulden den Geschädigten an der Entstehung der Gefahrenlage und der Verwirklichung der Gefahr trifft und wie nahe schließlich die Möglichkeit der Verwirklichung des Schadenseintritts war.⁽²²⁶⁾ Weiter kommt es nicht mehr darauf an, ob der Gefährdete die Gefahr erkannte,⁽²²⁷⁾ es genügt, wenn er sie grob fahrlässig nicht erkannt hat, um unter Umständen eine Haftungs-minderung nach § 254 BGB zum Tragen kommen zu lassen. Das H.a.e.G. ist somit entgegen den Meinungen, die ihm als generell tatbestandlich erfaßbarem Institut eine vom Willen abhängige Rechtsfolgewirkung zuschreiben wollen, ein 'Handeln trotz erkanntem oder erkennbarem Schadensrisiko'.

III. Die Übertragung der Grundsätze über das H.a.e.G. auf das erkannte Operationsrisiko

1. Die Operationseinwilligung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines H.a.e.G.

Vor dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes vom 14.3.61 befaßte sich die Rechtsprechung mehrfach mit dem H.a.e.G. bei Operationen, und zwar unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Operationseinwilligung in mögliche Komplikationen. Die Problematik der Operationseinwilligung und der von der früheren h.L. konstruierten 'Einwilligung' beim H.a.e.G. ist die gleiche.⁽²²⁸⁾ Jedoch bedarf es hier

(226) Wussow, TZ 1429 wie schon BGH VersR 59,368

(227) So noch die frühere Rechtsprechung, vgl. BGH VersR 54,496 (1. Elektroschockurteil).

(228) Vgl. BGH VersR 54,496, der auf BGHZ 2,159 und BGH LindMöhr Nr. 3 zu § 823 (Ha) verweist zur Stützung seiner Ansicht, die Operationseinwilligung könne

einer Einschränkung. Beim H.a.e.G. lautet die Fragestellung, ob der Gefährdete in die verschuldete Rechtsgutsverletzung für den Fall ihres Eintritts einwilligt. (229) Bei der Operationseinwilligung willigt der Patient in die Operation unabhängig von ihrem Gelingen ein; er gestattet den Eingriff in seine körperliche Integrität.

Das LG München, (230) welches das H.a.e.G. in einem stillschweigenden Haftungsausschlußvertrag sieht, bejaht die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses bei erkanntem Operationsrisiko allgemein, läßt die Anwendung des H.a.e.G. in dem zu beurteilenden Falle nur deshalb scheitern, weil der Arzt grob fahrlässig gehandelt habe und der Patient niemals in eine grob fahrlässige Schädigung einwillige. Das Landgericht hält in diesem Falle allerdings eine Haftungsminderung wegen erkanntem Operationsrisikos nach § 254 BGB für möglich, ohne die Frage zu entscheiden, da der Kläger 1/4 des Schadens zu tragen bereit war.

Der Bundesgerichtshof verlangt in seinem bereits mehrfach zitierten 1. Elektroschockurteil v. 10.7.54 als Voraussetzung einer Anwendbarkeit der Grundsätze über das H.a.e.G. volle Kenntnis des Operationsrisikos; bei mangelhafter Aufklärung liege diese regelmässig nicht vor.

Sofern man das Wesen des H.a.e.G. wie das Landgericht München in einem stillschweigenden Haftungsausschlußvertrag sieht, kommt dieser Gesichtspunkt im Arztrecht schon deshalb nicht zum Tragen, weil eine solche Vereinbarung standes- und damit sittenwidrig wäre. Aber auch sofern man das H.a.e.G. als Einwilligungungsproblem sieht, kann es im Arztrecht aus grundsätzlichen Erwägungen keine Anwendung finden. Gerade weil sich der Patient dem Arzt und dessen Können anvertraut, kann man auch bei

auch schlüssig erklärt werden; die angeführten Urteile befassen sich mit dem H.a.e.G.; ebenso Englisch, bei Stich und Bauer, Sonderdruck S.8 Anm.4. A.A. Schmidt, Gutachten S. 100, Fußn. 212)

(229) Ebenso Böhmer in NJW 64,33 in Anlehnung an RG JW 26, 2534

(230) U.v. 23.6.50, auszugsweise bei Perret S. 195 Nr. 4

völliger Aufklärung nicht von einem mit der Operationseinwilligung erklärten unmißverständlichen Rechtsgutsverzicht reden. In aller Regel wird es doch so sein, daß sich der Patient nicht hätte operieren lassen und demzufolge seine Operationseinwilligung nicht erteilt hätte, wenn er den ungünstigen Ausgang des konkreten Eingriffs und den möglichen Kunstfehler des Arztes erkannt hätte. Mit dieser Argumentation weist die Rechtsprechung bereits den Einwand der 'überholenden Kausalität' gegen Schadensersatzansprüche aufgrund mangels Aufklärung eigenmächtiger Heileingriffe zurück,⁽²³¹⁾ wobei hier zu beachten ist, daß beim eigenmächtigen Heileingriff als Haftungsvoraussetzung im Gegensatz zu den Fällen, bei denen H.a.e.G. akut werden kann, kein Kunstfehler vorausgesetzt wird.⁽²³²⁾ Keinesfalls kann man die Operationseinwilligung nach erfolgter Aufklärung so weit auslegen, daß der Patient auch in eine kunstfehlerhafte Behandlung eingewilligt hat.⁽²³³⁾

2. Haftungsminde rung nach §§ 242, 254 BGB im Arztrecht ?

Sofern zwischen Arzt und Patient vertragliche Beziehungen bestehen, ist folgendes zu bedenken: Der Patient wird sich bei einer Operation gerade d e m Chirurgen anvertrauen und einen Vertrag abschließen, von dem er glaubt, er könne das spezielle Operationsrisiko im Rahmen der medizinischen Kunstregeln beherrschen, weil er bei ihm die nötige Fachkenntnis voraussetzt.⁽²³⁴⁾ Das Operationsrisiko ist somit in diesem Falle zum Vertragsinhalt erhoben worden, nicht etwa in Form einer stillschweigenden Garantieübernahme, wie sie das Oberlandesgericht München in seinem

(231) Vgl. RGZ, U.v.17.4.34, auszugsweise bei Perret S.20 Nr. 20 und OLG Stuttgart, U.v.22.20.52, auszugsweise bei Perret S. 27 Nr. 27

(232) Vgl. über das Problem der 'überholenden Kausalität' im einzelnen u. S. 82 ff.

(233) So auch Schmidt, Gutachten S. 160 Nr. 204

(234) So LG München, zit. Anm. 230)

Urteil vom 24.2.54⁽²³⁵⁾ prüft, wohl aber in der Weise, daß der Arzt vertraglich verspricht, das Operationsrisiko im Rahmen der Regeln der ärztlichen Kunst zu beherrschen.⁽²³⁶⁾ Auch wenn das erkannte und später eingetretene Operationsrisiko mit der vorgenommenen Operation nicht in unmittelbarem Zusammenhang steht, weil es nicht die vom Arzt zu behandelnde Krankheit selbst betrifft, sondern nur eine Auswirkung der vereinbarten ärztlichen Maßnahme darstellt,⁽²³⁷⁾ kommt eine automatische Haftungs-minderung nicht in Betracht. Dies muß gleichermaßen gelten wenn Vertragsbeziehungen zwischen Arzt und Patient bestehen wie wenn das nicht der Fall ist. Das Schadensersatzbegehren des Patienten, der sich im Vertrauen auf die Kunst des Arztes in ärztliche Behandlung begibt, kann auch bei hinreichendem Erkennen des Operationsrisikos niemals rechtsmißbräuchlich sein; auch dann nicht, wenn es sich um das Schadensersatzbegehren eines Kassenpatienten handelt, der zum Arzt nicht in Vertragsbeziehungen steht. Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsmißbräuchlichkeit des Schadensersatzbegehrens sogar für den Fall verneint, daß der Patient von einem Arzt ausserhalb eines Krankenhauses eine rechtswidrige Abtreibung verlangt und dabei schuldhaft verletzt wird.⁽²³⁸⁾

Zwischen Arzt und Patient, gleich ob Kassen- oder Privatpatient, besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis. Der Patient darf darauf vertrauen, daß die Erbringung des ärztlichen Dienstes als Leistung im Rahmen der Daseinsvorsorge durch fachlich geschulte Ärzte in den Grenzen der ärztlichen Kunst erfolgt. Das Vertrauen in die fremde Fürsorge ist jedoch das primäre Wertungsmoment bei der Frage der Rechtsmißbräuchlichkeit des Schadensersatzbegehrens.

(235) auszugsweise bei Perret S. 26 Nr. 26

(236) RG, U.v. 21.11.23, mitgeteilt von Mansfeld in LeipZ 1915 S. 337; BGHZ 1,383 (386)

(237) Dennoch fällt die Schädigung in den ärztlichen Schutzbereich, da körperliche Schädigungen aus Anlaß der Operation allgemein verhindert werden müssen.

(238) BGH VersR 52,430 ff; ebenso LG München, zit. Anm.230)

Dritter Abschnitt

Z u s a m m e n f a s s u n g

Nach Darlegung der prekären haftungsrechtlichen Situation sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß es weder aufgrund vertraglicher Abmachungen noch aufgrund des in Schrifttum und Rechtsprechung herausgearbeiteten Institutes einer automatischen Haftungsminde- rung bei erkannten Schädigungsrisiken möglich ist, die Haftung des Arztes zu beschränken. Das Fürsorgeelement in der ärztlichen Tätigkeit überwiegt und verbietet es, zum Zwecke der Haftungsbeschränkung Rechtsinstitute anzuwenden, deren Geltung im Rahmen der typischen Austauschverhältnisse oder der reinen Deliktsphäre in der Gemeinschaft keiner in Zweifel stellt. Dieses Ergebnis wirkt gerade für den Krankenhausarzt um so unbefriedigender, als bei der Behandlung von Kassenpatienten gerade die wirtschaftlichen Elemente des Massenvertrages zu Tage treten, die in der freien Wirtschaft den Haftungsausschluß durch allgemeine Geschäftsbedingungen rechtfertigen. Die ärztliche Behandlung kann eben ihrer Eigenart als Individualbehandlung nicht beraubt werden, auch wenn der Krankenhausarzt, der völlig überlastet ist, tagtäglich mehrere gleichgelagerte Fälle zu behandeln hat. Die Stellung des Krankenhausarztes im Haftpflichtprozeß ist daher auch unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten als unbefriedigend anzusehen.

Dritter Teil

Der Versuch einer Beschränkung des persönlichen ärztlichen Haftungsrisikos durch allgemeine Rechtsgedanken

Erster Abschnitt

Der Gedanke einer Haftungsbeschränkung wegen enger Gemeinschaftsbindung, wie er sich im Arbeitsrecht durchgesetzt hat

Eine Haftungsbeschränkung aus der Besonderheit des Operationsrisikos heraus, welches sich gegenüber dem allgemeinen Schadensrisiko bei normalen Austauschverträgen auszeichnet, läßt sich wie gezeigt aus allgemeinen, von der Rechtsprechung im Rahmen eines H.a.e.G. praktizierten Rechtsgedanken nicht herleiten. Der Hauptnährboden ärztlicher Kunstfehler liegt zudem nicht im Bereich des speziellen Operationsrisikos. Erkennt der Arzt die typischen Gefahren einer Operation, so wird er in der Regel seine Therapie darauf einstellen und hierdurch im Falle einer dennoch erfolgenden Schadensverwirklichung dem Vorwurf eines Kunstfehlers entgehen. Die meisten ärztlichen Kunstfehler ergeben sich dann, wenn der Arzt einen Operationsfehler begeht, der nicht die Realisierung einer Gefahr darstellt, welche bei Betrachtung 'ex ante' gerade bei dieser Operation typischerweise bestand. Der Fehler ist also mit einem eventuellen Operationsrisiko, das einen wenigstens geringen Grad an objektiver Voraussehbarkeit des Schadensereignisses fordert,⁽²³⁹⁾ nicht wesensmäßig verbunden. Eine Haftungsbeschränkung für diese Schädigungen im Bereich des 'allgemeinen Operationsrisikos' läßt sich, da es an einer bewußten In-Gefahr-Begebung fehlt, schon im juristischen Ausgangspunkt nicht aus dem Gesichtspunkt des H.a.e.G. herleiten.

Für Schädigungen in diesem Bereich, wie natürlich auch speziell für Schäden im Rahmen des kunstfehlerhaft verwirklichten besonderen Operationsrisikos könnte eine

(239) Ruemelin, Zufall im Recht, Leipzig 1939 S. 32

Haftungsbeschränkung nach der von Clauß aufgegriffenen, vom Bundesarbeitsgericht im Rahmen des Arbeitsrechts jüngst praktizierten Idee einer "Haftungsbeschränkung bei Vorliegen besonderer Gemeinschaftsbindungen" in Betracht kommen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Beschluß des Großen Senats vom 25. September 1957⁽²⁴⁰⁾ den Grundsatz aufgestellt, daß dem durch einen Arbeitsunfall geschädigten Arbeitnehmer trotz Vorliegens der haftungsbegründenden Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB im Falle nur leichter Fahrlässigkeit kein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitskollegen desselben Betriebes zustehe. Die Arbeit im gleichen Betrieb, führt der Große Senat aus, schaffe ein Gemeinschaftsverhältnis der Arbeitnehmer untereinander, "nicht nur als soziologische Erscheinung, sondern auch mit gewissen Rechtsfolgen".

Hieraus und aus den Vorschriften der §§ 708, 1359 und 1664 BGB, welche eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit vorsehen, leitet Clauß⁽²⁴¹⁾ den allgemeinen Rechtsgedanken einer Haftungsbeschränkung bei Vorliegen besonderer Gemeinschaftsbindungen her. Clauß führt aus: "Verlangen Wert der Gemeinschaft und Tiefe des Verbundenheitsbewußtseins ihrer Mitglieder, daß diese ihre Ansprüche gegeneinander einen Pflock zurückstecken, so ist die Haftung zwischen ihnen beschränkt".

Aus dem gleichen Gedanken heraus hat der BGH in seinem Urteil vom 13.6.1961^(241a) die Haftung von Familienangehörigen untereinander in einem Fall beschränkt, wo der Sohn bei einem Kfz-Unfall den Tod seines Vaters verursacht hatte.

Zunächst ist die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur innerbetrieblichen Haftungsbeschränkung kein geeigneter Ansatzpunkt für eine Haftungsminderung zwischen Arzt und Patient im Krankenhausbetrieb. Das Institut der innerbetrieblichen Haftungsbeschränkung wurde in Anbetracht

(240) BAG 5,1 = NJW 58,235 = VersR 58,54

(241) VersR 58,746 (747)

(241a) VersR 61,846; ähnlich BGH NJW 65,907

einer Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber, geschädigtem und schädigendem Arbeitnehmer entwickelt. Es erschien dem Bundesarbeitsgericht am billigsten, das Schadensrisiko auf den geschädigten Arbeitnehmer abzuwälzen, da somit weder der Grundsatz des § 898 RVO, der zum Schutze des Arbeitgebers geschaffen ist, noch der Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers geschmälert wird. Sofern sich die Beteiligung aus Krankenhausträger, Krankenhausarzt und Patient zusammensetzt, ist die Interessenlage eine andere. Der Patient hat hier nur die Stellung eines Dritten, eines Betriebsfremden, der von einem mit schadensgeneigter Arbeit befaßten Arbeitnehmer verletzt wird. Die Interessenlage rechtfertigt hier eher eine Belastung des Krankenhausträgers mit dem Schadensrisiko. ⁽²⁴²⁾

Clauß will jedoch das Institut der Haftungsbeschränkung bei Vorliegen enger Gemeinschaftsbindungen nicht auf die Fälle beschränken, welche bisher der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde lagen. Das Kriterium der von ihm erörterten Haftungsbeschränkung ist die Enge der Gemeinschaftsbindung der Parteien und das besondere Vertrauensverhältnis, welches den Geschädigten nach Treu und Glauben an der Geltendmachung seiner Ansprüche hindert. ^(242a) Sofern man für diese von Clauß vorausgesetzte 'Gemeinschaft' keinen auf gewisse Dauer angelegten Interessenverband fordert, ⁽²⁴³⁾ sondern ein Vertrauensverhältnis genügen läßt, aufgrund dessen der Gefährdete dem Schädiger seine Rechtsgüterwelt einverständlich zur Eigenverantwortlichkeit anvertraut, könnte der von Clauß aufgezeigte Rechtsgedanke wenigstens im Ausgangspunkt scheinbar auch im Arztrecht Anwendung finden. Der Patient würde dann

(242) S. hierzu unten S.101 ff

(242a) So auch BGH VersR 61,846 für die Familie.

(243) Weil "das Dienstverhältnis des Arztes zum Patienten meist nur kurze Zeit dauern und oft nur auf die Betreuung einer Krankheit abgestellt ist", will Scheffler, Arztverantwortung S. 46, die von Clauß aufgezeigte Haftungsbeschränkung auf die Arzthaftung nicht anwenden. Dagegen erkennt Scheffler aus diesen Gründen u.U. eine nur beschränkte Haftung des Hausarztes an.

aus dem Vertrauensgedanken heraus und unter Berücksichtigung dessen, daß er seinen kranken Körper dem Arzt zur Fürsorge anvertraut, das Risiko eines leichten ärztlichen Kunstfehlers zu tragen haben. Ohne auf die Problematik im einzelnen einzugehen, muß jedoch auf folgendes geachtet werden, was im Ergebnis einer Beschränkung der ärztlichen Haftung aus dem angedeuteten rechtlichen Gesichtspunkt entgegensteht: Der Gedanke, daß der gesteigerte soziale Kontakt zweier Menschen es ihnen verbietet, Schadensersatzansprüche gegeneinander geltend zu machen, kann immer dort keine Geltung beanspruchen, wo die Fürsorgepflicht des einen gerade im Hinblick auf die Anvertrauung des später verletzten Rechtsgutes durch den anderen zur Erreichung des mit dem sozialen Kontakt verfolgten Zwecks entsteht, diese Fürsorgepflicht das Vertrauensverhältnis erst entscheidend prägt und weiter die schädigende Handlung sich als Nichterreichung des gemeinsam verfolgten Zwecks darstellt. Dieser Gedanke ist wie ein roter Faden, der durch das gesamte ärztliche Haftungsrecht führt und sich einer ärztlichen Haftungsbeschränkung entgegenstellt.

Etwas anderes kann möglicherweise für den Schmerzensgeldanspruch gelten. Hier kann es das Vertrauensverhältnis rechtfertigen, daß ein Anspruch des geschädigten Patienten auf Schmerzensgeld ganz ausgeschlossen ist.⁽²⁴⁴⁾ Das hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalles ab. Auch der Bundesgerichtshof prüft nach seiner neuesten Rechtsprechung zum Schmerzensgeld die näheren Umstände, die zu der Schädigung geführt haben,⁽²⁴⁵⁾ weil der immaterielle Schadensersatz dem Geschädigten keine "Entschädigung", sondern nur eine "Genugtuung" für erlittene Unbill bereiten soll.

(244) Siehe für die arbeitsrechtliche Problematik der innerbetrieblichen Haftung Helm, ArchCivPr 160, 148 Anm. 59)

(245) Siehe oben S. 32 f.

Zweiter Abschnitt

**H a f t u n g s b e s c h r ä n k u n g a u s d e m
G e s i c h t s p u n k t d e r G e r i n g f ü g i g -
k e i t d e s v e r l e t z t e n i m V e r h ä l t -
n i s z u m e r h a l t e n e n I n t e r e s s e ?**

Oft treten bei schwierigen Operationen, bei denen es um die Errettung des Lebens eines Patienten oder wenigstens um die Erhaltung wichtiger Organe geht, trotz Gelingens des Haupteingriffes gewisse unerwünschte Nebenfolgen auf, welche das körperliche Wohlbefinden des Patienten beeinträchtigen. Daß in derartigen Fällen - zumindest von ärztlicher Sicht - eine Haftung unbillig erscheint, ist evident. Problematisch ist jedoch, wenigstens auf den ersten Blick, die Frage, ob sich im Arztrecht allgemein ein spezieller Rechtfertigungsgrund für die Fälle anbietet, in denen das verletzte Interesse erheblich geringer ist als das (vom Arzt) erhaltene Interesse, oder ob derartige Fälle allein durch eine Anpassung des konkreten Sorgfaltsmaßstabes an die jeweilige Operation haftungsrechtlich gelöst werden können.

Zur Verdeutlichung des Problemes seien folgende Fälle aufgezeigt: Anläßlich einer Radikaloperation wegen Gebärmutterkrebs werden bei sonst glänzendem Operationsverlauf bei der Glühverschörfung des Geschwulstkraters Verbrennungen am Scheideneingang verursacht (Fall 1). Anläßlich einer Operation wegen einer schweren, eitrigen Beckenzellengewebseentzündung kommt es zu einer Durchschneidung des Mastdarmschließmuskels (Fall 2). Bei einer schwierigen Kiefer- und Stirnhöhlenoperation wird die knöcherne Trennwand zum Auge verletzt, was zur Infektion und schließlich zum Verlust dieses Auges führt (Fall 3). Anläßlich einer dringenden Blinddarmoperation an einer Schönheits-tänzerin wird die Naht falsch angelegt, so daß sich unübliche, häßliche Narben einstellen; ohne Operation wäre die Tänzerin gestorben (Fall 4).⁽²⁴⁶⁾

(246) Fälle 1 bis 3 bei Hübner-Drost S. 95

Ohne zunächst auf die Frage nach einem Kunstfehler einzugehen fragt es sich, ob in diesen Fällen, in denen das Interesse des Patienten an der Erhaltung seines Lebens gerettet wurde, nicht allgemein ein anläßlich der Operation auftretender Kunstfehler, der zu einer unerwünschten Nebenfolge führt, gerechtfertigt ist. Als Rechtfertigungsgrund scheidet zunächst das Prinzip des überwiegenden Interesses aus. Der sog. übergesetzliche Notstand, den das Reichsgericht erstmals in seiner Entscheidung vom 11. März 1927⁽²⁴⁷⁾ definiert hat, liegt nur dann vor, wenn ein geringerwertigeres Rechtsgut verletzt wird, um ein höherwertigeres zu erhalten. Bei den hier aufgezeigten Fällen verletzt der Arzt das geringerwertigere Rechtsgut jedoch nur "bei Gelegenheit" einer Operation, welche der Errettung des Lebens des Patienten dient. Die Verletzung ist in diesen Fällen nicht gezielt; folglich scheidet der sog. übergesetzliche Notstand oder das Prinzip des überwiegenden Interesses als Rechtfertigungsgrund für die schädigende Nebenfolge aus. Eichler⁽²⁴⁸⁾ hat bereits im Jahre 1931 den Versuch unternommen, gerade im Arztrecht die objektive Verletzungshandlung durch das Prinzip des "wahren Wohls des Interessenträgers" zu rechtfertigen.⁽²⁴⁹⁾ Aber auch diese Rechtfertigungslehre setzt voraus, daß die Verletzung im Interesse des Rechtsgutträgers erfolgt. In den hier problematischen Fällen liegen zwar objektiv zwei gegeneinander abwägbar Interessen vor, die Verletzung des geringerwertigeren Interesses durch den Arzt erfolgt jedoch ungezielt und nicht, um das höherwertigere zu erretten.

In diesen Fällen bietet sich also kein spezieller ärztlicher Rechtfertigungsgrund an. Die Korrektur einer möglicherweise unbilligen Haftung erfolgt dadurch, daß der Sorgfaltsmaßstab bezüglich der Frage, ob die unerwünschte Nebenfolge *v e r m e i d b a r* war (§ 276 BGB),

(247) Zitiert und erörtert von E. Schmidt, ZStrW 49,350

(248) Insbesondere S. 47 - 53

(249) Ebenso Hegler, ZStrW 36,28

an jede Operation je nach ihrem Schwierigkeitsgrad verschieden anzulegen ist. So hat das Reichsgericht, das unseren Fall 1 zu entscheiden hatte,⁽²⁵⁰⁾ ausgeführt, die Erforderlichkeit der ärztlichen Sorgfalt sei wesentlich bedingt durch die Größe und Schwierigkeit der Aufgabe. Mänge z.B. das Leben eines Menschen von einer zu treffenden Maßnahme ab, so könne der Gerettete nicht verlangen oder erwarten, daß unliebsame Nebenfolgen unbedeutender Art unterbleiben. In Fall 1 konnte nicht von einem Kunstfehler ausgegangen werden, weil sich die Einhaltung der ärztlichen Kunstregeln auf den Heileingriff in seiner Gesamtheit bezieht.⁽²⁵¹⁾ Auch in den Fällen 2 bis 5 kommt es für die Frage der ärztlichen Haftung entscheidend darauf an, ob die Nebenfolge nach Lage des konkreten Falles, gemessen an dessen Schwierigkeit, vermeidbar gewesen ist. Die Frage, ob ein Kunstfehler vorliegt, kann nicht abstrakt beantwortet werden, sie richtet sich vielmehr nach jedem konkreten Einzelfall.

Ein allgemeiner (abstrakter) Rechtssatz, daß eine ärztliche Haftung dann entfällt, wenn das erhaltene Interesse (Leben) gegenüber dem verletzten erheblich überwiegt, läßt sich aus unserer Rechtsordnung nicht ableiten. Da sich die Frage nach dem Kunstfehler und damit nach der ärztlichen Pflichtwidrigkeit jedoch nur am konkreten Einzelfall stellen und beantworten läßt, besteht für ein derartiges allgemeines Haftungsbeschränkungsprinzip im Arztrecht gar kein Bedürfnis. Letztlich ist die Relation zwischen erhaltenem und verletztem Interesse auch ein erheblicher Bemessungsfaktor bei der Bestimmung etwaiger Schmerzensgeldansprüche.

(250) RG III ZR 162,35, mitgeteilt von Hübner-Drost S. 95

(251) Vgl. aus der neueren Rspr. OLG Celle, VersR 57,183: Kein Kunstfehler, wenn der Chirurg bei einer schwierigen Drüsenoperation den "Nervus accessorius" durchschneidet.

Dritter Abschnitt

Begrenzung der Haftung aus den rechtlichen Gesichtspunkten der Vorteilsausgleichung und der sog. überholenden Kausalität

I. Ärztlicher Heileingriff und 'überholende Kausalität'

Von 'überholender' oder 'hypothetischer' Kausalität spricht man, wenn eine mit Sicherheit eintretende Zweitursache, die zeitlich nach dem haftungsbegründenden Schadensereignis wirksam geworden wäre, ⁽²⁵²⁾ den gleichen Schaden ebenfalls verursacht hätte. ⁽²⁵³⁾ Das Problem der 'überholenden Kausalität' ist nach heute gefestigter Ansicht ein Problem der Begrenzung des zurechenbaren Schadens, nicht der Kausalität. ⁽²⁵⁴⁾ Es handelt sich somit um eine Art Vorteilsausgleichung bei der Schadensfeststellung. ⁽²⁵⁵⁾ Es ist in Schrifttum und Rechtsprechung bis heute ungeklärt, bei welchen Tatbeständen im einzelnen eine hypothetische Zweitursache bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden soll. Weitgehend anerkannt ist jedoch zumindest, daß die im Schadenszeitpunkt bereits vorhandenen (endogenen) Reserveursachen bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sind. ⁽²⁵⁶⁾ Dem werden gewisse,

-
- (252) Nicht nur die Fälle gehören zur Problematik der 'überholenden Kausalität', in denen das Zweitereignis tatsächlich eingetreten ist, sondern auch diejenigen, in denen die hypothetisch bleibende Zweitursache infolge des eingetretenen Schadensereignisses nicht wirksam werden konnte, durch dieses vielmehr verhindert wurde - Esser, Entlastungsgründe S. 33 II e)bb).
- (253) Knappe, S. 21; Esser, Entlastungsgründe S. 28 f und Larenz, Schuldrecht I S. 130
- (254) Larenz, Schuldrecht I S. 131 mit Nachweisen
- (255) So auch Moors, NJW 54, 332 im Anschluß an Oertmann, Vorbem. 4 c) vor § 249 BGB. Ablehnend Esser, Entlastungsgründe S. 32; jedoch auch Esser sieht den Grund der Berücksichtigung hypothetischer Ursachen in der 'Gewinnabwehr' (Heck) und damit in § 255 BGB.
- (256) Esser, Entlastungsgründe S. 33 Ziffer II d) und e); s. auch dort S. 31; für die Frage des Verdienst- und Erwerbsausfalles ist die Berücksichtigung des anlagebedingten Schadens (Altersgrenze, Krankheit) allgemein

zur Zeit des Haftpflichtereignisses schon begründete Schadenswahrscheinlichkeiten gleichgestellt.⁽²⁵⁷⁾ Esser⁽²⁵⁸⁾ spricht hier von der "Schadensreife" des betreffenden Rechtsgutes. Er meint, daß sich die Berücksichtigung der Schadensanlage bei der Schadensberechnung aus § 252 BGB ergebe.

Die typischen Probleme, die sich im allgemeinen Schuldrecht bei hypothetischen Schadensursachen ergeben, treten auch innerhalb des Arztrechtes auf. Zunächst sind Fälle eigenmächtiger Heilbehandlung denkbar, insbesondere beim sog. erweiterten Eingriff, welche tatsächlich so gelagert sind, daß sich der Patient, obwohl der Eingriff im Zeitpunkt seiner Vornahme eigenmächtig war, in einem späteren Zeitpunkt im gleichen Ausmaß hätte operieren lassen müssen, um seinen Gesamtgesundheitszustand zu erhalten. Beim erweiterten Eingriff ist der Eintritt einer solchen "hypothetischen Zweitoperation" sogar typisch. Da der Arzt hier in aller Regel den Eingriff ohne die erklärte Einwilligung des Patienten vornimmt, um ihn vor ernsthaften, gesundheitlichen Schäden zu bewahren, würde ein vernünftiger Patient hierzu mit Sicherheit seine Einwilligung geben, auch wenn man an der Tatsache nicht vorbeikommt, daß sie im Zeitpunkt des erweiterten Eingriffs nicht vorgelegen hat. Die typischen Probleme der 'überholenden Kausalität' tauchen im Arztrecht darüber hinaus auch bei anlagebedingten Krankheiten auf, bei denen also der durch den ärztlichen Eingriff hervorgerufene Mißerfolg in einem späteren Zeitpunkt ebenfalls eingetreten wäre (bspw. Erblindung, Verlust des Gehörs). Weiter ist bei einer mangels gehöriger Aufklärung wirkungslosen Operationseinwilligung der Einwand des Arztes unter dem Gesichtspunkt der 'überholenden Kausalität' zu würdigen, infolge des engen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient hätte dieser seine Einwilligung zu dem

anerkannt. Vgl. hierüber die Rechtspr. zu den Rentenansprüchen, etw RGZ 1,160; 68,352; 95,87. Vgl. auch über die Berücksichtigung hypothetischer Erstursachen bei internen Schadensanlagen BGH VersR 52,96 = MDR 52,214 sowie RGZ 169,117.

(257) Esser, Entlastungsgründe S. 33

(258) aaO S. 32

konkreten Eingriff auch bei erfolgter Aufklärung erteilt. Auch beim kunstfehlerhaften Eingriff können unliebsame Folgen auftreten, die auf einer anlagebedingten Krankheit beruhen. Unter all diesen Gesichtspunkten hat sich die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht mehrfach mit dem Problem der Haftungsbegrenzung befaßt. (259)

Bei der mangels eingeholter Einwilligung eigenmächtigen Heilbehandlung einschließlich der erweiterten Operation ist unter Beachtung der aufgezeigten Grundsätze über die 'überholende Kausalität' zu berücksichtigen, daß das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Patienten bereits im Zeitpunkt des Eingriffs insoweit 'schadensreif' war, als der Eingriff selbst medizinisch indiziert war und früher oder später auf jeden Fall hätte vorgenommen werden müssen, um die Gesundheit des Patienten zu erhalten. Der Zeitpunkt der Zweitoperation war voraussehbar, wenn auch nicht zeitlich bestimmt. Das Rechtsgut war somit 'schadensbestimmt'. (260) Nach dieser endogenen Schadenswahrscheinlichkeit hat sich der zu ersetzende Schaden zu richten. Sofern der eigenmächtige Heileingriff komplikationslos verläuft, der 'Schaden' also nur in den unmittelbaren Operationsfolgen besteht und lediglich Schmerzensgeld wegen des resezierten Organs oder Körperteils und der damit verbundenen körperlichen Unlustgefühle verlangt wird, kann dieses Schmerzensgeld wegen des anlagebedingten Schadens unter Umständen gleich Null sein. (261) Sofern der eigenmächtige Heileingriff allerdings nicht komplikationslos verläuft, sondern eine unliebsame Operationsnebenfolge eintritt, die sich als Verwirklichung des allgemeinen Operationsrisikos darstellt, kann der Patient hierfür in vollem Umfange Ersatz verlangen, sofern der Schaden zu dem Eingriff in adäquatem Ursachenzusammen-

(259) RGZ 163,129(138); OLG Stuttgart, U.v. 22.10.52, auszugsweise bei Perret S.27 Nr.27; BGHZ 29,176(186); BGH NJW 59,2299=JZ 59,773. Nicht geprüft haben allerdings 'überholende Kausalität' das RG im U.v. 18.4.42 (auszugsweise bei Perret S. 45 Nr.5) und LG Düsseldorf, NJW 61, 2064, obwohl sich hier die Prüfung geradezu aufdrängte.

(260) So lag der vom LG Düsseldorf (NJW 61,2064) entschiedene Fall im Tatsächlichen; das Urteil ist, wie Schmidt, Gutachten S.218 Fußn. 271 bemerkt, rechtskräftig.

(261) Vgl. BGH NJW 59,2099 = JZ 59,773 für den kunst-

hang steht. Denn dieser Zufallsschaden war nicht anlagebedingt. Hier greift der Einwand der 'überholenden Kausalität' nicht durch. Der gleiche Eingriff hätte, wenn er später mit Einwilligung vorgenommen worden wäre, wahrscheinlich einen anderen Verlauf genommen und die konkrete Operationskomplikation wäre dann nicht eingetreten. (262)

Beim kunstfehlerhaften Eingriff muß bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden, daß unter Umständen der infolge fehlerhafter Behandlung aufgetretene, konkrete Mißerfolg bereits vor der Operation als anlagebedingter Schaden vorhanden war und auch ohne den ärztlichen Eingriff, welcher die Folge vorzeitig ausgelöst hat, früh oder später zum Ausbruch gekommen wäre. (263)

Endlich spielt der Einwand der 'überholenden Kausalität' auch bei dem mangels Aufklärung über das besondere Operationsrisiko eigenmächtigen Heileingriff eine Rolle. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Der Arzt kann sich einmal dahingehend einlassen, der Patient hätte ihm infolge des bestehenden Vertrauensverhältnisses auch bei gehöriger Aufklärung seine Einwilligung erteilt, somit in jedem Fall nicht nur das allgemeine, sondern auch das bei diesem Eingriff bestehende besondere Operationsrisiko auf sich genommen. In dieser Richtung sah das Reichsgericht im Urteil vom 8. März 1940⁽²⁶⁴⁾ den Einwand der 'überholenden Kausalität' für erheblich an.⁽²⁶⁵⁾ Dann ist die wegen fehlender wirksamer Einwilligung eigenmächtige Heilbehandlung zwar für den konkreten Schaden ursächlich geworden, der gleiche Schaden wäre aber auch eingetreten, wenn der Arzt genügend aufgeklärt hätte, da der Patient alsdann ebenfalls - nach der vom Arzt zu beweisenden Behauptung - seine Einwilligung gegeben hätte und die gleichen Folgen

fehlerhaften Heileingriff.

(262) So RGZ 163,129(138) und OLG Stuttgart, U.v.22.10.52, auszugsweise bei Perret S. 27 Nr. 27

(263) BGH NJW 59,2299 = JZ 59,773

(264) RGZ 163,129(139); nur in dieser Richtung bestände ein Unterschied zwischen mangels überhaupt eingeholter und mangels gehöriger Aufklärung eigenmächtiger Heilbehandlung.

(265) Ebenso OLG Stuttgart, U.v.22.10.52, auszugsweise bei Perret S. 27 Nr.27

nunmehr aufgrund eines rechtmässigen Eingriffs aufgetreten wären. Denkbar ist aber auch der andere Fall, daß der Arzt behauptet, die konkrete, unliebsame Operationsfolge wäre auch dann aufgetreten, wenn er den eigenmächtigen Heileingriff nicht vorgenommen hätte, und sich der Patient alsdann unter den gleichen Bedingungen von einem anderen Arzt hätte operieren lassen. In diesem Fall läßt die Rechtsprechung den Einwand der 'überholenden Kausalität' nicht zu.⁽²⁶⁶⁾ Die Eigenart des besonderen Operationsrisikos ist, daß es Risiko bleibt, d.h. sein Eintritt steht gerade nicht mit Gewißheit fest. Selbst wenn die Operation von einem anderen Arzt später nach erfolgter Aufklärung vorgenommen worden wäre, so doch mit anderer Schnittführung, so daß die Operation einen anderen Verlauf genommen haben würde.⁽²⁶⁷⁾

II. Ärztlicher Heileingriff und Vorteilsausgleichung

Ohne die Problematik der sog. Vorteilsausgleichung hier im einzelnen erörtern zu wollen,⁽²⁶⁸⁾ soll im Rahmen der ärztlichen Haftungsfragen nur folgendes kurz angedeutet werden. Aus der Schadensberechnung nach § 249 BGB ergibt sich, daß der Geschädigte sich auf seinen Schadensersatzanspruch den Vermögensvorteil anrechnen lassen muß, der ihm adäquat ursächlich durch das Schadensereignis erwachsen ist.⁽²⁶⁹⁾ Durch einen ärztlichen Heileingriff erwächst dem Patienten typischerweise kein Vermögensvorteil. Wesentlich wird die Frage der Vorteilsausgleichung gerade bei der Arzthaftung dagegen immer im Bereich des immateriellen Schadens. Der Patient muß sich bei Abwägung aller Umstände auf seinen 'Schmerzensgeldanspruch' anrechnen lassen, daß er von Schmerzen befreit wurde und daß die

(266) BGHZ 29,186 und OLG Stuttgart, zitiert unter Anm.265)

(267) So OLG Stuttgart aaO

(268) Vgl. hierzu etwa Esser, Entlastungsgründe S. 36 ff; Cantzler in ArchCivPr 156,29; Sieg, JZ 54,337; Werner, NJW 55,769

(269) Larenz, Schuldrecht I S. 125

Gefahr einer Weiterentwicklung des Krankheitsherdes beseitigt wurde.⁽²⁷⁰⁾ Dieser Gedanke wird aber bereits bei der Frage einer Berücksichtigung der hypothetischen Zweitoperation geprüft, da wir das Wesen der 'überholenden Kausalität' in einer Art Vorteilsausgleichung sehen. Die Schmerzbefreiung und die Verhütung der Gefahr eines weiteren Fortschreitens der Krankheit sind immaterielle Vorteile, die dem Patienten gerade aus dem eigenmächtigen Heileingriff erwachsen und daher bei der Schadensbemessung voll zu berücksichtigen sind. Sie können im Einzelfall sogar so stark sein, daß ein Schmerzensgeldanspruch unter Würdigung aller Umstände ganz entfällt, weil der Gedanke der Genugtuung keine Entschädigung verlangt. Gerade beim komplikationslos verlaufenden eigenmächtigen Heileingriff wird die Persönlichkeitsminderung, die darin besteht, daß sich der Arzt über den Willen des Patienten hinwegsetzt, durch den Umstand, daß der Patient von einer drohenden Verschlimmerung seiner Krankheit und von augenblicklichen Schmerzen befreit wurde, unter Umständen völlig kompensiert.

Vierter Abschnitt

L ä ß t s i c h d i e H a f t u n g d e s A r z t e s
w e g e n e i g e n m ä c h t i g e r H e i l b e h a n d -
l u n g u n t e r B e r ü c k s i c h t i g u n g d e r
s o g . L e h r e v o m R e c h t s w i d r i g k e i t s -
z u s a m m e n h a n g w e i t e r g e h e n d b e -
g r e n z e n ?

§ 823 Abs. 1 BGB als Haftungsnorm legt das sog. Alles-oder Nichts-Prinzip unseres Schadensersatzrechtes fest: Liegt eine rechtswidrige und schuldhaftige Rechtsverletzung vor, so ist Schadensersatz auch für den unverschuldeten Folgeschaden zu leisten. Eine Haftungsbegrenzung erfolgt lediglich über die sog. adäquate Kausalität. Zunächst sah man hierin ein Problem der Kausalitätsbegrenzung. Der Bundesgerichtshof hat sich dagegen der überwiegenden Ansicht angeschlossen, nach der es der Adäquanztheorie um eine dem Sinn angemessener Schadenszurechnung entsprechende Haftungs-

(270) BGH NJW 59,2299 = JZ 59,773

einschränkung geht.⁽²⁷¹⁾ Nach dem Urteil vom 24.4.52⁽²⁷²⁾ hat die Lehre von der adäquaten Verursachung eine in § 242 BGB ihre Grundlage findende Haftungsbegrenzung zum Gegenstand. Durch die weitgefaßte Adäquanzformel, die etwa dahin geht, daß nicht gehaftet wird für Schäden, die zum Schadensereignis in einem ausserhalb aller Lebenserfahrung liegenden Verhältnis stehen,^(272a) läßt sich in vielen Fällen eine gerechte Haftungsbegrenzung nicht erreichen.

Schrifttum und Rechtsprechung haben, um die Konsequenzen zu vermeiden, welche eine strenge Durchführung des 'Alles-oder-Nichts-Prinzips' mit sich bringt, bei der Schadensersatzbestimmung neben der adäquaten Kausalität auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Schadensereignis und Folgeschaden abgestellt. Es bleibt zu untersuchen, ob nach diesen Grundsätzen die ärztliche Haftung weitergehend begrenzt werden kann.

I. Das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhanges

Das Erfordernis eines Rechtswidrigkeitszusammenhanges zwischen Schadensereignis und zu ersetzendem Folgeschaden soll dort zu einer billigen Haftungsbegrenzung führen, wo mit Hilfe der Adäquanzformel keine gerechten Ergebnisse erzielt werden können. Hierzu meint Esser⁽²⁷³⁾: "Der Unrechtsgehalt eines Handelns oder Unterlassens wirkt sich demnach auch in der Schadenszurechnung aus, indem nicht jede kausale Folge des betreffenden Handelns oder Unterlassens dem Täterverhalten zugerechnet wird, sondern nur die Folgen, die durch den Gebots- oder Verbotszweck der Norm verhindert werden sollten, welche den Unrechtsgehalt begründen". V.Caemmerer folgert daraus, der Schaden müsse jeweils im Schutzbereich der verletzten Norm liegen.⁽²⁷⁴⁾ Es sei zu prüfen, welche Interessen die durch den Schädiger verletzte Norm jeweils schützen wolle, und ob gerade ein

(271) BGH VersR 56,305 (306)

(272) BGH NJW 52,1010

(272a) Vgl. etwa OLG Stuttgart, NJW 65,112

(273) Rechtswidrigkeitszusammenhang S. 25 f

(274) NJW 56,571; zustimmend BGHZ 27,140

solches Interesse beeinträchtigt worden sei. Und zwar gelte dies nicht nur für den Bereich der Schutzgesetze im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB, sondern auch für die Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützten Rechte.⁽²⁷⁵⁾ Demgegenüber ist Larenz⁽²⁷⁶⁾ der Ansicht, alle Haftungsgrenzfälle ließen sich durch eine sachgerechte Anwendung der Adäquanzformel lösen und leugnet somit das Erfordernis eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwischen Schadensereignis und Schadensfolgen, da der Gesetzgeber offensichtlich von einem solchen Rechtswidrigkeitszusammenhang nicht ausgegangen sei.⁽²⁷⁷⁾ Der Bundesgerichtshof hat sich in verschiedenen Entscheidungen der Ansicht von Esser und v. Caemmerer angeschlossen.⁽²⁷⁸⁾ Auch nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes fehlt der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen schadensstiftendem Ereignis und Folgeschaden immer dort, wo die Schutzfunktion des betreffenden Haftungstatbestandes die wenn auch unbestreitbar adäquat ursächliche und oftmals sogar in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Schadensereignis stehende Schadensfolge nicht umfaßt. Das Problem der Schadenshaftung liegt hierbei also nicht im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität, sondern wird wesentlich bereits bestimmt durch den "Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm".⁽²⁷⁹⁾

Das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist unter diesem Aspekt vom Bundesgerichtshof in Strafsachen in einem Beschluß vom 25.9.57⁽²⁸⁰⁾ eingehend beleuchtet worden, eingehender noch als in den bisher ergangenen Zivilurteilen. Es handelte sich dort um einen Fall fahrlässiger Tötung im Straßenverkehr, bei welchem der Unfall

(275) So auch derselbe in NJW 56,1149

(276) Haftungsbegrenzung S. 12; ihm folgend Rother, S.11 ff., 23 f.

(277) Ebenso Reinhardt S. 3 ff.

(278) BGHZ 27,137 = VersR 58,414; BGH NJW 56,1149; BGHZ 24,21 = VersR 57,288

(279) Esser, Rechtswidrigkeitszusammenhang S. 26

(280) BGHStr 11,1 = NJW 58,149 = JZ 58,280; vgl. kritisch hierzu Spendel in JUS 64,14

mit großer Wahrscheinlichkeit auch ohne das pflichtwidrige Verhalten des Schädigers eingetreten wäre. Der Bundesgerichtshof begründete den Freispruch mit dem fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang. Er führte hierzu aus: "Natürlich war die Fahrweise des Angeklagten eine Bedingung im mechanisch-naturwissenschaftlichen Sinn für den Tod..... Damit ist aber nicht gesagt, daß die in seinem Verhalten steckende Verkehrswidrigkeit..... im strafrechtlichen Sinne ursächlich war. Das vom Schuldgrundsatz beherrschte Strafrecht begnügt sich nicht mit einer rein naturwissenschaftlichen Verknüpfung bestimmter Ereignisse.... Für eine das menschliche Verhalten wertende Betrachtungsweise ist vielmehr wesentlich, ob die Bedingung nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben für den Erfolg bedeutsam war". Welzel⁽²⁸¹⁾ spricht hierbei von einer "vom Tatbestand vorausgesetzten Beziehung des Erfolgseintritts gerade auf die Sorgfaltsverletzung".

M.E. ist hierin die zivilrechtliche wie auch die strafrechtliche Problematik gleichgelagert. Auch im Strafrecht, und das ist wohl der juristische Ausgangspunkt einer Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang, ist der Handlungsunwert einer Tat mit dem Erfolgsunwert eng verknüpft: Die strafrechtlichen Ver- und Gebote sind, was gerade die Figur des abstrakten Gefährdungsdelikts als gesetzliche Ausnahme zeigt, geschaffen worden, um einen bestimmten Erfolgsunwert zu verhüten. Auch im Zivilrecht darf nicht allein der Erfolgsunwert des schadenstiftenden Ereignisses betrachtet werden, sondern es muß auch auf den Erfolgsunwert des Folgeschadens unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes geachtet werden.⁽²⁸²⁾ Strafrecht und Zivilrecht unterscheiden sich haftungsmäßig dadurch, daß vor die Bestrafung für ein objektiv rechtswidriges Tun in Bezug auf ein und dieselbe Rechtsgüterverletzung noch zusätzlich neben die objektive Sorgfaltsverletzung der Filter der individuellen Vorwerfbarkeit gesetzt

(281) S. 118

(282) Man kann hier vom Verbotszweck einer Haftungsnorm reden. Die Haftungsandrohung besteht nicht um ihrer selbst Willen, sondern um der Übertretung des Verbots Willen.

wird. Die Rechtswidrigkeit des Tuns bleibt die gleiche; an sie wird im Strafrecht unter erschwerten Voraussetzungen die Strafe, im Zivilrecht unter erleichterten Voraussetzungen der Schadensersatzanspruch des Geschädigten geknüpft. Jedoch kommt man auch in dem von der Verschuldenshaftung beherrschten BGB nicht um die Tatsache herum, daß der zu ersetzende Schaden von der Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens berührt wird. Nicht darf man, wie Reinhardt dies tut,⁽²⁸³⁾ die Schlußfolgerung ziehen, wer in den Schutzbereich eines anderen eindringe, tue etwas Verbotenes und habe deshalb den Schadenausgleich des Schadens zu übernehmen, der nur über die Kausalität zu begrenzen sei. Auch der Gedanke der 'compensatio lucri cum damno', der ein Haftungsbegrenzungsproblem darstellt, ist an dem Schutzzweck und Schutzzumfang der Haftungsnorm entwickelt.⁽²⁸⁴⁾ Schaden ist eben nur diejenige Vermögens-einbuße, die vom Schutzzweck der verletzten Norm umfaßt wird.

Im Arztrecht drängt sich die Frage nach einer eventuellen Haftungsbegrenzung wegen fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs insbesondere deshalb auf, weil eine Haftungsbegrenzung wegen fehlender Adäquanz nur in den seltensten Fällen in Betracht kommen wird. Eine - auch ärztlicherseits unvorhergesehene - Operationskomplikation ist mit dem Heileingriff doch in aller Regel so eng verbunden, daß ihr Eintritt nicht ausserhalb aller medizinischen Erfahrung liegt. Um die Frage beantworten zu können, ob der Arzt für unbeherrschbare Operationskomplikationen im Verlauf einer eigenmächtigen Heilbehandlung auch unter Berücksichtigung einer Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang haftbar ist, bedarf es einer Herausarbeitung dessen, was Schutzzweck des Verbots der eigenmächtigen Heilbehandlung ist.

(283) S. 8

(284) Reimer Schmidt, Der Folgeschaden, Karlsruher Forum 60,14

II. Die Schutzfunktion des § 823 Abs. 1 BGB im Hinblick auf den eigenmächtigen Heileingriff

1. Die Schutzfunktion des § 823 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit

Wenn der Gesetzgeber in § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung des menschlichen Körpers verbietet und an das Zuwiderhandeln eine Schadensersatzpflicht anknüpft, so reicht in diesem Zusammenhang die Schutzfunktion nicht weiter als erforderlich ist, um die unmittelbare Körperintegrität zu wahren und aus ihrer Verletzung entstehenden Schaden zu verhüten. Das bedeutet aber, daß die Körpersubstanz vor von aussen kommenden, gewaltsamen schädigenden Einflüssen geschützt werden soll. Rechtsgut und Schutzfunktion stehen in notwendigem, untrennbarem Zusammenhang. Das Rechtsgut der Körperintegrität ist jedoch in § 223 StGB hinreichend und abschließend bestimmt.⁽²⁸⁵⁾ Der kunstfehlerhafte Heileingriff wird als Körperverletzung zweifelsfrei von der Schutzfunktion des § 823 BGB im Sinne eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit erfaßt.⁽²⁸⁶⁾ Denn hier besteht das schutzwürdige Interesse darin, daß der Körper, was auch Schutzfunktion des § 223 StGB ist, von einer vom Arzt verschuldeten Verschlimmerung des Leidens oder dessen unerwünschten Nebenfolgen verschont bleibt. Beim kunstfehlerhaften Heileingriff wird der Körper in seiner reinen Abwehrfunktion angegriffen.

2. Die Schutzfunktion des § 823 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Willensentschließungsfreiheit des Patienten bei der Operationseinwilligung

Der Schutzfunktion des Körperverletzungstatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB unterliegt der eigenmächtige Heileingriff schon nach geltendem Recht nicht. Alle Konstruktionsversuche, den eigenmächtigen Heileingriff unter dem Begriff

(285) Remé S. 234

(286) Schmidt, Gutachten S. 148

der Körperverletzung auch in das Haftungsschema des § 823 Abs. 1 BGB einzuordnen, sind an der strafrechtlichen Subsumtionsnotwendigkeit orientiert und müssen Scheinlösungen bleiben, da sie das in Wahrheit geschützte Rechtsgut des eigenmächtigen Heileingriffs verkennen. Wenn es auch höchst billigenswert erscheint, die eigenmächtige Heilbehandlung 'de lege ferenda' unter Strafe zu stellen und daran haftungsrechtliche Folgerungen zu knüpfen, so kann dies doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß zumindest der objektiv gesundheitsfördernde eigenmächtige Heileingriff nicht in dem von § 823 Abs. 1 BGB gemeinten Sinne in die Körperintegrität eingreift. Aus Gründen der einheitlichen rechtlichen Beurteilung eines einheitlichen Lebensvorganges in Zivil- und Strafrecht wird von der zivilgerichtlichen Praxis in das in § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit die erweiterte Schutzfunktion der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper hineininterpretiert.

(287) Abwehrfunktion und Dispositionsbefugnis sind aber zwei völlig verschiedene Komponenten des 'Rechts am eigenen Körper und seinen Teilen';⁽²⁸⁸⁾ letzteres ist Teil und zugleich oberster Grundsatz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nämlich die Freiheit, über auch objektiv gebotene Eingriffe in die Körperintegrität selbst bestimmen zu dürfen. Somit kann die Willensentschließungsfreiheit des Patienten gegenüber ärztlich gebotenen Heilmaßnahmen, die objektiv gesundheitsfördernd sind, nur in den Schutzbereich des 'sonstigen Rechts' im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB und damit unter die Schutzfunktion des von der Rechtsprechung⁽²⁸⁹⁾ und überwiegenden Lehre anerkannten⁽²⁹⁰⁾ allgemeinen Per-

(287) Der eigenmächtige Heileingriff verletzt nicht die Körperintegrität, sondern das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper als Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. So schon RGZ 25,375 und 151, 349; ebenso Bockelmann LArchKlinChir 298 S. 857

(288) Gareis S. 37

(289) So zuletzt BGHZ 35,363 (Ginseng-Urteil)

(290) Es soll hier nicht auf den Streit um das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegangen werden. Einig ist sich die h.L. darin, daß die in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Schutzgüter nicht ausreichen, um die Persönlichkeit umfassend zu schützen. Vgl.statt aller Enn.-Lehm. § 233

sönlichkeitsrechts fallen.

Schutzfunktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist, die menschliche Persönlichkeit nach der Seite der als absolut und subjektiv schutzwürdig anerkannten Angriffsflächen zu schützen. Die Schutzfunktion des körperlichen Dispositionsrechts eines sich in ärztliche Behandlung begebenden Patienten geht zunächst dahin, die persönliche Entschließungsfreiheit des Kranken zur Behandlung gegenüber dem aus medizinischer Sicht erforderlichen Eingriff zu gewährleisten. Es gilt der Satz: VOLUNTAS aegroti suprema lex est, und nicht der Satz: SALUS aegroti suprema lex est.⁽²⁹¹⁾

Dennoch kann man, wie Schröder⁽²⁹²⁾ mit Recht betont, das körperliche Dispositionsrecht des Patienten nicht völlig losgelöst von dem Recht auf körperliche Unversehrtheit betrachten. Zwar v e r l e z t der günstig verlaufende eigenmächtige Heileingriff nicht das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, wie es in § 823 Abs. 1 BGB niedergelegt ist. Das selbst dann nicht, wie Schmidt betont,⁽²⁹³⁾ wenn durch den Eingriff zwar ein Körperorgan oder -glied entfernt (bspw. Amputation), gleichzeitig jedoch eine allgemeine Gesundheitsverschlimmerung unterbunden wird. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird jedoch durch den eigenmächtigen Heileingriff insoweit berührt, als der Arzt dem Patienten die freiwillige Übernahme des Operationsrisikos vorenthält; dieses wird ihm durch die eigenmächtige Handlungsweise aufgezwungen. Die wesensmäßige Verbindung des körperlichen Dispositionsrechtes als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit wird deutlich, wenn der eigenmächtige Heileingriff ohne Verschulden des Arztes mißlingt, d.h. ein Schaden eintritt, der sich als Verwirklichung des ärztlicherseits grundsätzlich unbeherrschbaren Operationsrisikos darstellt. Diese durch das Wesen des Operationsrisikos bedingte Berührung des Persönlichkeitsrechts

(291) Bockelmann, LArchKlinChir 298 S. 856

(292) NJW 61,954

(293) Gutachten, S. 151 ff

mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit beim eigenmächtigen Heileingriff ändert allerdings nichts an der Tatsache, daß dieser Eingriff in die Persönlichkeit bleibt. Auch der komplikatiös verlaufende eigenmächtige Heileingriff ist kein Eingriff in das in § 223 StGB und § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit, dessen Schutzfunktion wir oben dargelegt haben. (294)

Sofern ein konkreter ärztlicher Eingriff zusätzlich mit einem **b e s o n d e r e n** Operationsrisiko verbunden ist, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs sich also aus der fehlenden Aufklärung über dieses typische Risiko ergibt, tritt die Verbindung von körperlichem Dispositionsrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit noch deutlicher hervor. Denn es muß dem Patienten vor Duldung einer Operation in jedem Falle überlassen bleiben, ob er ein besonderes Operationsrisiko auf sich nehmen will.

Im Ergebnis ist aus dieser Herausarbeitung der Schutzfunktion des Dispositionsrechtes im Hinblick auf den eigenmächtigen Heileingriff festzuhalten, daß über die durch das Wesen des Operations **r i s i k o s** bedingte Verbindung von Persönlichkeitsrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit im Falle eines schicksalsmäßig unglücklich verlaufenden eigenmächtigen Heileingriffs ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Eingriff und schicksalsmäßigen Folgen geschaffen ist.

III. Der unrechtsbezogene Folgeschaden beim eigenmächtigen Heileingriff im Hinblick auf den vom Arzt zu leistenden Schadensersatz

Nach Darlegung der Schutzfunktion des § 823 Abs.1 BGB im Hinblick auf den eigenmächtigen Heileingriff haben wir festgestellt, daß zwischen diesem und jeder schicksalsmäßig bedingten Operationsfolge ein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist selbst dann gegeben, wenn bei einem mangels Aufklärung eigenmächtigen

(294) So im Ergebnis auch Bockelmann, LArchKlinChir 298,857; eindeutig Schmidt, Gutachten S. 148 und Engisch bei Stich und Bauer S. 20 f.

Heileingriff, der mit einem besonderen Operationsrisiko verbunden ist, eine völlig unbeherrschbare und unvorhergesehene Komplikation auftritt, die mit dem besonderen Risiko, über das der Arzt hätte aufklären müssen, nicht identisch ist. Zwar liegt in diesem Fall das ärztliche Unrecht darin, daß er über das besondere Risiko nicht aufgeklärt hat. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist jedoch auch zu unvorhergesehenen Komplikationen gegeben, weil der Patient sich im Falle einer gehörigen Aufklärung möglicherweise überhaupt nicht hätte operieren lassen, somit auch das allgemeine Operationsrisiko nicht auf sich genommen hätte. Auch der Bundesgerichtshof geht in seiner Entscheidung vom 10.7.59⁽²⁹⁵⁾ offensichtlich davon aus, daß beim eigenmächtigen Heileingriff jede Schadensfolge unrechtsbezogen sei, denn er führt aus, der Arzt übernehme durch seine Eigenmächtigkeit das Risiko für a l l e Eingriffsfolgen.

Auch wenn sich die unrechtsbezogene Schadensfolge eines eigenmächtigen Heileingriffs im Bereich der Körperintegrität realisiert, müssen für den vom Arzt zu leistenden Schadensersatz andere Grundsätze gelten, als wenn die betreffende Folge im Verlauf einer rechtswidrigen Körperverletzung i.e.S. eingetreten wäre. Es muß daher für den eigenmächtigen Heileingriff eine andere Bemessungsgrundlage gefunden werden als für den kunstfehlerhaften Heileingriff, denn Anknüpfungspunkt für den zu leistenden Schadensersatz bleibt die Verletzung des Persönlichkeitsrechts, da sich in dessen Sphäre das Schadensereignis - der Eingriff - realisiert.

Das spielt in erster Linie eine Rolle bei dem günstig verlaufenden eigenmächtigen Heileingriff, bei dem nur die unmittelbaren Operationsfolgen verbleiben. Als Beispiel sei der vom Landgericht Düsseldorf in NJW 61,2064 entschiedene Fall herangezogen: Es handelte sich um eine Resektion beider Eierstöcke wegen Gebärmutterkrebs; die Einwilligung war nur zur Entfernung eines Eierstockes gegeben worden. Der Eingriff hatte notwendigerweise die Unfruchtbarkeit zur Folge, was die Klägerin unter allen Umständen vermeiden wollte. Der Sachverständige hatte jedoch erklärt, wegen

(295) NJW 59,2299 = JZ 59,773

der faustgroßen Cysten an den Eierstöcken hätte eine Totalresektion in aller nächster Zeit erfolgen müssen. In derartigen Fällen interessiert in erster Linie die Höhe des Schmerzensgeldes. Der Kranke, dem gegen seinen Willen oder doch ohne seine ausdrückliche Einwilligung ein wichtiges Körperglied oder -organ entfernt wird, weil es medizinisch erforderlich war und seinen Gesamtgesundheitszustand besserte, kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß ihm das gleiche Schmerzensgeld zu gewähren sei wie in dem Fall, daß er das betreffende Organ infolge eines ärztlichen Kunstfehlers verloren hätte. Die durch den eigenmächtigen Heileingriff hervorgerufene unmittelbare "Körperverletzung" (etwa im Fall des LG Düsseldorf die Resektion der Eierstöcke) ist nicht Grundlage eines nach § 847 BGB zu bemessenden Schmerzensgeldes, und zwar deshalb nicht, weil der eigenmächtige Heileingriff keine Körperverletzung ist. Die Resektion eines Körpergliedes, mag sie auch "materieller Schaden" sein, ist im Rahmen des gelungenen eigenmächtigen Heileingriffes lediglich ein Bemessungsfaktor für den Schmerzensgeldanspruch.^(295a) Denn die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns liegt nicht in der Resektion des Körpergliedes (dann § 847 BGB), sondern darin, daß sich der Arzt über den von der Rechtsordnung respektierten Willen des Patienten, wenn auch aus medizinischen Gründen, hinweggesetzt hat. Allein hierfür muß der Patient im juristischen Ausgangspunkt eine Genugtuung erhalten. Der Verlust des Körperorganes ist nicht unmittelbarer "unrechtsbezogener Schaden" des gelungenen, eigenmächtigen Heileingriffes.

Dieses Schmerzensgeld beim eigenmächtigen, günstig verlaufenden Heileingriff, das neben dem entstandenen materiellen Schaden zu ersetzen ist, richtet sich nach anderen Grundsätzen als das Schmerzensgeld bei kunstfehlerhaften Heileingriffen. Hier taucht die ganze Problematik im Zusammenhang mit dem Schmerzensgeld im Persönlichkeitsbereich auf. Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung heute dahingehend gefestigt, daß er auch bei Persönlichkeits-

(295a) So im Ergebnis wohl auch Günther, Seite 20

minderung 'Schmerzensgeld' zuerkennt. Er versuchte dabei zunächst, bei Ehrverletzungen eine billige Entschädigung aus dem Gesichtspunkt der Analogie zu den Freiheitsdelikten unmittelbar aus § 847 BGB zu gewähren, sofern es sich bei dem Eingriff um eine Freiheitsberaubung im Bereich der eigenverantwortlichen Willensentschließung handelte.

(296) In der Entscheidung vom 19.9.61⁽²⁹⁷⁾ hat der VI. Senat sodann Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsminderung unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB zuerkannt. Er hat in dieser Entscheidung ausgeführt, daß, bedingt durch die soziale und rechtsstaatliche Entwicklung in den letzten 50 Jahren ein Wandel in der Grundstruktur des Rechts der unerlaubten Handlung vorgegangen sei, welcher im Persönlichkeitsbereich die Genugtuungsfunktion der Haftungstatbestände über deren Entschädigungsfunktion stelle. Dies rechtfertige eine verfassungskonforme Auslegung des § 253 BGB und damit die Zuerkennung einer Genugtuung in Geld unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB. Der durch eine rechtswidrige und schuldhafte Verletzung seines Persönlichkeitsrechts Betroffene könne Ersatz seines immateriellen Schadens immer dann verlangen, wenn "die Schwere der Verletzung oder des Verschuldens eine solche Genugtuung erfordere". Wie Bötticher⁽²⁹⁸⁾ richtig herausstellt, gibt es seit dem Ginseng-Urteil des Bundesgerichtshofes eigentlich zwei verschieden geartete Schmerzensgeldansprüche: "Für den alten Bereich des § 847 BGB einen Schmerzensgeldanspruch, der auch bei leichtem Verschulden gewährt werden kann, für den 'usurpierten' Bereich einen Schmerzensgeldanspruch, der nur an schweres Verschulden anknüpft". Der Bundesgerichtshof nimmt diese Differenzierung offen in Kauf und bekennt sich zu ihr: Wenn die Ehrverletzung zur Geldentschädigung führen müsse, so bedeute das nicht, daß die Rechtsfolgen durchaus die gleichen sein müßten oder daß sie sich zumindest weitgehend zu entsprechen hätten. Ein Anlaß zur unterschiedlichen Behandlung liege schon deshalb

(296) BGHZ 26,349 (Herrenreiter-Fall)

(297) BGHZ 35,363 = NJW 61,2059 (Ginseng-Fall)

(298) MDR 63,356

nahe, weil der Tatbestand der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weit unbestimmter sei als die Tatbestände der in § 823 Abs. 1 BGB einzeln aufgezählten absolut geschützten Rechte.⁽²⁹⁹⁾ Es kann dabei vorkommen, daß der Geschädigte im Gegensatz zu einem Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsminderung seinen entstandenen materiellen Schaden ersetzt erhält, da diesbezüglich leichte Fahrlässigkeit genügt.⁽³⁰⁰⁾

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes wegen glücklich verlaufender eigenmächtiger Heilbehandlung darf daher nicht darauf abgestellt werden, daß ja ein körperlicher Eingriff vorliegt, der Grundlage für eine Bemessung der immateriellen Schadenshöhe gleichermaßen sein könnte wie das im Rahmen des § 847 BGB der Fall ist. Grundlage der Bemessung des Schmerzensgeldes wegen eines glücklich verlaufenden, eigenmächtigen Heileingriffs, bei dem dem Kranken ein Körperteil oder -organ entfernt wird, ist allein die Tatsache, daß sich der Arzt über den Willen des Kranken hinweggesetzt hat und weiter, daß der Kranke ohne die medizinisch indizierte Operation eine Zeit lang noch gewisse materielle und ideelle Vorzüge hätte genießen können, die ihm durch den ärztlichen Eingriff verloren gegangen sind. Andererseits muß bei der Bemessung des Schmerzensgeldes jede hypothetische Ursache berücksichtigt werden, also insbesondere der Umstand, daß in einem späteren Zeitpunkt die Operation auf jeden Fall hätte durchgeführt werden müssen. Ausserdem spielt hierbei die Frage der Vorteilsausgleichung im immateriellen Schadensbereich - Wegfall erheblicher Schmerzen - eine Rolle. Bei der Betrachtung, ob die ärztliche Eigenmächtigkeit überhaupt eine Genugtuung erfordert, muß das subjektive Interesse des Kranken, das dem medizinisch notwendigen Eingriff entgegenstand, beurteilt werden. Dieses subjektive Interesse muß wohl begründet sein, was sich aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ergibt; nur dann kann eine Genugtuung erforderlich sein. Für den materiellen Schaden,

(299) BGHZ 35,368

(300) Böttcher, MDR 63,356

der dem Patienten infolge des eigenmächtigen Eingriffs entsteht, hat der Arzt dagegen in jedem Falle in vollem Umfang zu haften.

Auch sofern der eigenmächtige Heileingriff unglücklich verläuft, über die unmittelbaren Operationsfolgen hinaus unliebsame Nebenfolgen auftreten oder der gesamte Eingriff schicksalsmäßig mißlingt, muß der Arzt neben dem materiellen auch den immateriellen Schaden ersetzen, da auch dieser wie gezeigt unrechtsbezogen ist. Die Bemessung des Schmerzensgeldes richtet sich aber auch hier nicht wie beim kunstfehlerhaften Heileingriff nach § 847 BGB, sondern entsprechend der neueren Rechtsprechung ist auch hier unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB eine billige Genugtuung in Geld zuzusprechen. Das bedeutet, daß nicht allein auf die Schwere der Verletzung abgestellt werden darf, sondern auch die Umstände berücksichtigt werden müssen, die zu der Eigenmächtigkeit des Arztes geführt haben. Es kann nicht außer acht gelassen werden, daß der Arzt sich im Interesse des Patienten diesem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt hat.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß sich auch unter Berücksichtigung einer Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Schadensereignis und Folgeschaden keine weitergehende Haftungsbegrenzung zugunsten des Arztes erreichen läßt als bei Beachtung der Grundsätze über die adäquate, haftungsausfüllende Kausalität und die hypothetischen Schadensursachen.

Fünfter Abschnitt

Freistellungspflicht des Krankenhausträgers von Schadensersatzansprüchen geschädigter Patienten gegen den im Rahmen eines Krankenhausbetriebes tätig werdenden Arzt

I. Das Problem

Es liegt auf der Hand, daß die mißliche haftungsrechtliche Situation primär den Arzt persönlich trifft, nicht den übergeordneten Krankenhausträger, der nach § 278 BGB im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses für das Verschulden seiner angestellten Ärzte haftet. Die Erwartung, im Falle auch für sich genommen geringfügiger, aber folgeschwerer Fehler auf verhältnismäßig großen Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, nimmt dem Arzt die Sicherheit und innere Freiheit, die erforderlich ist, um den Arztberuf der Standesethik gemäß gewissenhaft durchzuführen. Der Arzt geht aus lauter Angst davor, er setze sich dem Vorwurf mangelhafter Aufklärung aus, im Einzelfall oft weit über das hinaus, was die Rechtsprechung von ihm hinsichtlich seiner Aufklärungspflicht verlangt und setzt sich damit in krassen Gegensatz zu dem, was nach medizinischen Erfahrungen im Interesse der Heilung des Kranken erforderlich ist. Der Arzt kennt die Grenzen seiner Aufklärungspflicht im Einzelfall nicht. Die Diskrepanz zwischen medizinischem und juristischem Denken ist gewaltig.⁽³⁰¹⁾ Eine zu weitgehende Aufklärung bei einem sensiblen Menschen kann auch objektiv falsch sein und daher einen Berufsfehler darstellen. Und mit dieser Verantwortung ist der Arzt zusätzlich belastet, daneben soll er noch die Regeln der ärztlichen Kunst bis ins Kleinste beherrschen. Gerade im Rahmen eines Krankenhausbetriebes, wo die Mehrzahl der Ärzte angestellt und verwaltungsmäßig weisungsgebunden sind, fragt es sich, ob das Haftungsrisiko vom Krankenhausarzt auf den Krankenhausträger abgewälzt werden kann.

(301) Bauer in LArchKlinChir. Bd. 298, 289

Es stellt sich im Arbeitsrecht allgemein die Frage, ob der Arbeitnehmer, der bei seiner Arbeit schuldhaft einen Dritten schädigt, gegen seinen Arbeitgeber Regreßansprüche besitzt, wenn er dem Dritten zum Schadensersatz verpflichtet ist. Auch der Arbeitgeber ist dem Dritten in vielen Fällen persönlich schadensersatzpflichtig, sei es im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses nach § 278 BGB, sei es nach § 831 BGB. Die Ansprüche des Geschädigten gegen den Schädiger und seinen Arbeitgeber stehen selbständig nebeneinander. Das kann zu einer Risikoverteilung im Innenverhältnis nach §§ 421, 426 BGB führen.⁽³⁰²⁾ Dennoch haftet der Arbeitnehmer meist schwerer, da Umfang und Haftungsmodalitäten verschieden sind; so haftet nur der Arbeitnehmer auf Schmerzensgeld, wenn der Arbeitgeber aus § 278 BGB in Anspruch genommen wird und den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB führen kann. Vor allem kann sich der Arbeitgeber häufig auf gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Haftungserleichterungen berufen.⁽³⁰³⁾ Es taucht die Frage auf, ob diese strenge Haftung, die in vielen Fällen auf eine Alleintragung des Schadens hinausläuft, dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

Das moderne Arbeitsrecht hat die volle Haftung des Arbeitnehmers für betrieblich bedingte Schadenszufügungen als unzumutbare Belastung angesehen und eine Umwälzung des Haftpflichtrechts im Arbeitsbereich vorgenommen. Unter bestimmten Voraussetzungen braucht der Arbeitnehmer, sofern er dem Arbeitgeber innerbetriebliche Schäden zufügt, keinen Schadensersatz zu leisten, wie er umgekehrt gegen den Arbeitgeber einen Freistellungsanspruch hat, sofern er Dritte im Rahmen betrieblicher Arbeiten schädigt und von diesen auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.

(302) RGZ 77,324; zustimmend Burmester S. 225;
vgl. auch RGZ 82,439; 84,430 und Spann, S. 178

(303) Helm, ArchCivPr. Bd. 160,134 (135)

II. Der Freistellungsanspruch im Arbeitsrecht und seine rechtliche Bedeutung für die Arbeitnehmerhaftung

Das Reichsarbeitsgericht⁽³⁰⁴⁾ und ihm folgend das Bundesarbeitsgericht⁽³⁰⁵⁾ und der Bundesgerichtshof⁽³⁰⁶⁾ haben im Rahmen des Arbeitsverhältnisses dem Umstand Rechnung getragen, daß durch die weitgehende Technisierung des Arbeitsprozesses nicht nur die Maschine, sondern auch der Mensch typischerweise versagt.⁽³⁰⁷⁾ Die Arbeit ist heute demzufolge vielfach schadensgeneigt und eine Haftung für Schädigungen, die der Arbeitnehmer bei Ausführung solcher gefährdeneigter Arbeit verursacht, wird in weitem Umfange dem Arbeitgeber aufgebürdet.⁽³⁰⁸⁾ Rechtsprechung und Lehre haben zunächst den Grundsatz entwickelt, daß der Arbeitnehmer bei besonders schadensgeneigter Tätigkeit dem Arbeitgeber solche Schäden nicht voll zu ersetzen braucht, die er durch leichte Fahrlässigkeit verursacht hat.⁽³⁰⁹⁾ Aus diesem Grundsatz wurde der weitere entwickelt, daß der Arbeitgeber in dem gleichen Umfange, wie er selbst keinen vollen Schadensersatzanspruch gegen seinen Arbeitnehmer hat, diesen von der Haftung gegenüber Dritten freistellen muß, die der Arbeit-

(304) ARS 30,1 (U.v.12.6.37) mit zust.Anm. von Volkmar

(305) Beschl.v. 25.9.57 = BAG 5,1 = NJW 58,235 = VersR 58,54 = JZ 58,254 = BB 58,80

(306) Bd. 16,111 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB

(307) Ostler, NJW 62,1231; vgl. auch Gumpert, BB 58,741

(308) Nicht die Haftung i.e.S. des Arbeitnehmers wird beschränkt, es handelt sich um eine "Haftungsfolgenüberwälzung", Achterberg, ArchCivPr. 164,32

(309) Vgl. hierzu die Übersicht bei Gumpert, BB 58,741 Fußn. 16; Der GS des BAG (zit. Anm. 305) betont, daß er keinen neuen Fahrlässigkeitsbegriff aufstellen wolle. Verschulden des Arbeitnehmers wird vorausgesetzt, nur vollzieht das BAG den innerbetrieblichen Schadensausgleich innerhalb der Grenze der "nicht schweren Schuld". BAG 7,300 befürwortet eine Dreiteilung in grobe, normale und geringe Fahrlässigkeit, die dem BGB fremd ist; vgl. Mayer-Mali, Die Wiederverkehr der culpa laevisima, ArchCivPr. 163,114 ff. Besser ist, mit Ohr, NJW 60,2175, die Unterscheidung nach der arbeitsbedingten und nicht arbeitsbedingten Fahrlässigkeit vorzunehmen. Vgl. auch Rother, S. 262.

nehmer im Vollzug gefahrgeneigter Arbeit schädigt.⁽³¹⁰⁾ Der Grund für die Haftungsrisikoverteilung wird nach h.A. in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gefunden.⁽³¹¹⁾ Dabei ist der Freistellungsanspruch auf Erfüllung der Fürsorgepflicht gerichtet, nicht stellt er sich etwa als Schadensersatzanspruch wegen Verletzung derselben dar.⁽³¹²⁾ Die Meinungen, die die Haftungserleichterung aus der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft und dem Unternehmerrisiko herleiten,⁽³¹³⁾ bzw. eine generelle Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit befürworten,⁽³¹⁴⁾ einen stillschweigenden Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit unterstellen⁽³¹⁵⁾ bzw. dem Arbeitnehmer gegen den Regreßanspruch des Arbeitgebers aus leicht fahrlässiger Schadenszufügung die 'exceptio doli' gewähren,⁽³¹⁶⁾ vermochten sich nicht durchzusetzen.⁽³¹⁷⁾ Mit diesen Theorien ließe sich auch allenfalls eine Haftungsbeschränkung im Verhältnis Arbeitnehmer zu Arbeitgeber rechtfertigen.⁽³¹⁸⁾ Sofern der Arbeitnehmer Freistellung von Schadensersatzansprüchen Betriebsfremder begehrt, läßt sich dieser Anspruch überhaupt nur auf die Fürsorgepflicht stützen.⁽³¹⁹⁾ Gleichzeitig bekannte sich die h.A. damit zu einer reinen Haftungs-

(310) RAG ARS 41,55; 43,108; BAG 5,1(5); BAG AP Nr.9 zu § 611

(311) BAG 5,1(8); Gumpert, BB 58,740; Isele, NJW 64,1446; Achterberg, ArchCivPr 164,47

(312) Achterberg, ArchCivPr 164 S. 47 mit Nachw. unter Fußnote 108; a.A. (Schadensersatzanspruch) Gaul, Betrieb 58, 205

(313) vgl. hierzu Achterberg aaO S. 34 ff

(314) LAG Stuttgart, AP Nr. 2 zu § 611 BGB; Denecke, RdA 52, 209; derselbe in RGRK Bd. II, 1.Teil Anm. 17 vor § 611 BGB. Denecke zieht Artikel 34 GG analog heran.

(315) RAG ARS 30,1; 37,269; neuerdings wieder Klein, Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis, 1964, S. 43 ff.

(316) RAG ARS 34,354; LAG Breslau ARS 36,92

(317) Interessant ist allerdings der Versuch von Dersch, RdA 51,79 ff; BB 56,501 ff, die Arbeitnehmerhaftung unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB (Übertragung einer gefährlichen Arbeit) zu beschränken. Ebenso LAG Düsseldorf, BB 58,775

(318) Achterberg, aaO S. 47

(319) Achterberg, aaO S. 47

reduktion an Stelle eines generellen Haftungsausschlusses. Isele⁽³²⁰⁾ bezweifelt allerdings, daß diese von der h.L. aufgeführten reinen "Billigkeitserwägungen" eine tragfähige juristische Grundlage für eine Schadensregelung contra legem hergeben. M.E. ist die Rechtsfortbildung des Bundesarbeitsgerichts im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung durch die soziale Fortentwicklung in den letzten 50 Jahren und durch den Strukturwandel im Arbeitsrecht gerechtfertigt. Aus den gleichen Erwägungen hat letztenendes der Bundesgerichtshof⁽³²¹⁾ Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsminderung unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB zugesprochen. Sofern eine klare Gesetzeslücke vorhanden ist, da der Rechtszustand der sozialen Fortentwicklung nicht mehr gerecht wird, müssen sich die obersten Gerichte mit der Rechtsfortbildung helfen, um zu einer jeweils gerechten, der Interessenlage angepaßten Schadenverteilung zu gelangen.

Der Begriff der 'gefährgeneigten Arbeit', bei deren Vorliegen ein Freistellungsanspruch in Betracht kommen soll, ist am klarsten vom Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluß vom 25.9.57⁽³²²⁾ niedergelegt. Schadensgeneigte Arbeit liegt danach vor, "wenn die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste es mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die - für sich allein betrachtet - zwar jedesmal vermeidbar wären, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistungen erfahrungsgemäß zu rechnen ist". Welche Arbeiten als "schadensgeneigt" zu qualifizieren sind, darüber herrscht in der Rechtsprechung noch keine Einmütigkeit.⁽³²³⁾ Der Freistellungsanspruch wurde seither fast ausschließlich Kraftfahrern zugestanden, was jedoch nicht besagt, daß nicht jede Arbeitnehmertätigkeit schadensgeneigt sein kann.⁽³²⁴⁾ So erscheint es naheliegend, gerade die Tätigkeit der Kranken-

(320) NJW 64,1446

(321) BGHZ 35,363 (Ginseng-Urteil)

(322) oben Seite 103 Anm. 305

(323) Vgl. die Übersicht bei Steindorf, JZ 59,1

(324) Helm, ArchCivPr 160,137; Rother, S. 260

hausärzte⁽³²⁵⁾ als typischerweise schadensgeneigt zu charakterisieren.⁽³²⁶⁾

Was den Umfang der Freistellung anbelangt, so haben sich hier bislang in der Rechtsprechung ebenfalls keine festen Grenzen herausgebildet. Das Prinzip des Haftungsausschlusses vermochte sich nicht durchzusetzen.⁽³²⁷⁾ Die h.A. hält lediglich im Einzelfall eine Haftungsreduktion für möglich. Also nicht der Grund der Haftung, sondern deren Umfang wird berührt; der Grundsatz des "Alles-oder-Nichts-Prinzips" unseres Schadensersatzrechts wird im Arbeitsrecht durch ein Prinzip der beweglichen Schadensreparation ersetzt.⁽³²⁸⁾

In der Rechtsprechung haben sich Grundsätze insoweit herausgebildet, als bei grober Fahrlässigkeit der Freistellungsanspruch versagt ist.⁽³²⁹⁾ Bei "normaler Fahrlässigkeit" ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Schaden nach Quoten zu verteilen, während bei nur leichter Fahrlässigkeit in der Regel ein voller Freistellungsanspruch besteht.⁽³³⁰⁾ Dabei ist zu beachten, daß diese Abgrenzung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit nur im Rahmen der arbeitsbedingten Fahrlässigkeit in Frage kommt. Im Rahmen der nicht arbeitsbedingten, leichten Fahrlässigkeit kann ein interner Schadensausgleich von vornherein nicht in Betracht kommen.⁽³³¹⁾ Bei der Berechnung der eventuellen Quoten bei der Risikoverteilung sind verschiedene Umstände zu berücksichtigen, vor allem die Gefährlichkeit der Arbeit, der Grad des Verschuldens, die Höhe des Arbeitslohnes und eventuelle Gefahrenzulagen.⁽³³²⁾

(325) Denn nur für diese kommt Freistellung in Betracht.

(326) Auch die Rechtsprechung betrachtet die ärztliche Tätigkeit generell als schadensgeneigt. Dies zeigen die Urteile, die sich mit dem Kunstfehler auseinandersetzen. Vgl. statt vieler RGZ 78,435.

(327) Isele, NJW 64,1442

(328) Isele, NJW 64,1442; Achterberg, ArchCivPr 164,47

(329) BAG VersR 60,1028; BGHZ 16,120; Gumpert, BB 58,741

(330) BAG AP Nr.8 zu § 611 BGB mit Anm.v.Alfred Hueck; BAG 5,7; BAG Betrieb 60,123

(331) Ohr, NJW 60,2175

(332) BAG 5,7; BGHZ 16,117; Helm, ArchCivPr 160,138

III. Die Übertragung der rechtlichen Grundsätze über den arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch auf das Arzt-Krankenhausverhältnis

Wir haben gesehen, daß bei Vorliegen eines totalen Krankenhausvertrages Krankenhausträger und Krankenhausarzt nebeneinander haften. Sofern der Krankenhausträger nur aus Vertrag über § 278 BGB haftet, liegt zwar kein Gesamtschuldverhältnis nach § 840 BGB vor,⁽³³³⁾ das Gesamtschuldverhältnis ergibt sich jedoch unmittelbar aus §§ 421, 426 BGB, da hiernach kein gemeinschaftlicher Entstehungsgrund verlangt wird.⁽³³⁴⁾ Die Möglichkeit, nach Zivilrecht einen Teil des geleisteten Schadensersatzes im Regreßwege vom Krankenhausträger ersetzt zu bekommen, ist jedoch gering. Diese alleinige Belastung mit dem vollen Haftungsrisiko ist für den Krankenhausarzt unbillig, zumal er in den Krankenhausbetrieb eingegliedert ist und unabhängig von der rechtlichen Natur seines Anstellungsvertrages die eingelieferten Kassenpatienten behandeln muß. Das sozialrechtliche Schutzprinzip, das dem Freistellungsanspruch zugrunde liegt, trifft daher im Ausgangspunkt auch auf die innerbetriebliche Stellung des Krankenhausarztes zu. Es bedarf jedoch der weiteren Überlegung, ob die "Schadensgeneigtheit" der Arbeit sowie die arbeitsrechtliche Betriebseingliederung die einzigen materiellen Voraussetzungen des Freistellungsanspruches sind. Es ist, wie ersichtlich, bisher immer nur von einzelnen, typischen Konfliktslagen ausgegangen worden, deren Lösung die betreffenden Entscheidungen gedient haben.⁽³³⁵⁾ Der Freistellungsanspruch muß jedoch grundsätzlich jedem Arbeitnehmer zustehen; Helm⁽³³⁶⁾ warnt mit Recht davor, die Einschränkung der Haftungserleichterungen durch eine Kasuistik 'schadensgeneigter Arbeiten' anzustreben.

(333) RGZ 84, 430

(334) RGZ 77, 324; zust. Burmester S. 225

(335) Helm, ArchCivPr 160, 147

(336) aaO. S. 150 f.

Die Rechtsprechung hat bisher den Freistellungsanspruch nur in bestimmten Einzelfällen gewährt. Auch wenn das Kolorit aller Entscheidungen das gleiche war, bedarf es doch eines tieferen Eingehens auf dieselben, um feststellen zu können, ob die rechtlichen Besonderheiten im Arzt-Krankenhausverhältnis einem Freistellungsanspruch entgegenstehen. Dies ist, da bislang allgemeingültige Freistellungsgrundsätze noch nicht aufgestellt wurden, nur dadurch möglich, daß die tatsächlichen Besonderheiten im Arzt-Krankenhausverhältnis, die einem Freistellungsanspruch eventuell entgegenstehen könnten, herausgestellt und den Tatbeständen, bei deren Vorliegen bisher von der Rechtsprechung ein Freistellungsanspruch gewährt wurde, gegenübergestellt werden.

1. Besteht ein Freistellungsanspruch auch im Verhältnis zur öffentlichen Hand als Arbeitgeber und spielt es dabei eine Rolle, ob der behandelnde Arzt Beamter ist?

Sofern der Krankenhausarzt Beamter ist, stellt sich die Frage, ob für das arbeitsrechtliche Prinzip der Haftungsfreistellung überhaupt Raum ist. Nach Artikel 34 Satz 2 GG, 78 Abs. 2 BBG, 46 Abs. 2 BRRG und 86 Abs. 2 LBG kann der Staat, sofern er gemäß § 839 BGB i.V.m. Artikel 34 GG einem Dritten Schadensersatz leisten muß, gegen seinen Beamten nur im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen. So hat denn auch das BVerwG in einem neueren Urteil⁽³³⁷⁾ ausgeführt, daß kein Bedürfnis bestehe, die für das bürgerliche Recht und besonders für das Arbeitsrecht entwickelten Grundsätze auf die Beamtenhaftung auszuweiten, zumindest dann nicht, wenn der Beamte hoheitlich tätig geworden ist und in diesem Rahmen einen Dritten geschädigt hat. Die Frage, ob im Bereich der materiellen Leistungsverwaltung etwas anderes zu gelten hat, wurde vom BVerwG ausdrücklich dahingestellt.

(337) NJW 65,458 = DÖV 65,53 = MDR 65,230;
kritisch Henrichs, NJW 65,458

Der beamtete Krankenhausarzt wird bei der ärztlichen Behandlung regelmäßig nicht hoheitlich tätig, denn die Einweisung in ein städtisches Krankenhaus oder eine Universitätsklinik schafft kein öffentlich-rechtliches Über-Unterordnungsverhältnis, in dessen Rahmen § 839 BGB als Anspruchsgrundlage Anwendung findet. Der BGH hat entschieden, daß selbst bei Bejahung eines öffentlich-rechtlichen Aufnahmeverhältnisses nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen, sondern entsprechend § 278 BGB gehaftet wird.⁽³³⁸⁾ Artikel 34 Satz 2 i.V.m. den beamtenrechtlichen Vorschriften schützen also den beamteten Krankenhausarzt nicht vor Schadensersatzansprüchen.

Im Bereich der materiellen Leistungsverwaltung bestehen gegen die Anwendung der arbeitsrechtlichen Freistellungsgrundsätze keine durchgreifenden Bedenken. Der Freistellungsanspruch ist ursprünglich vom Reichsarbeitsgericht nicht nach der Betriebssituation des freiwirtschaftlichen Unternehmers, sondern am Beispiel der öffentlichen Hand als Arbeitgeber entwickelt worden.⁽³³⁹⁾ Die Rechtsprechung hat dabei nicht einmal unterschieden, ob der Bedienstete hoheitlich tätig geworden ist. Das Reichsarbeitsgericht hat in einem Urteil vom 18. Dezember 1940⁽³⁴⁰⁾ ausdrücklich eine arbeitsrechtliche Haftungsfreistellung auch bei Ausübung öffentlicher Gewalt für möglich angesehen. Dort hat es ausgeführt, daß sich das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zwar nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen richte, fährt jedoch fort: "Das würde auch nicht anders sein, wenn die Fahrt etwa in den Umkreis einer dem Kläger anvertrauten öffentlichen Gewalt gefallen wäre". Das Reichsarbeitsgericht stellte somit nicht auf den rechtlichen Wert, sondern allein auf die tatsächliche Gefährlichkeit der Arbeit ab.⁽³⁴¹⁾

(338) BGHZ 38,51 und NJW 53,778

(339) ARS 30,1; 41,55; 43,108

(340) ARS 41,55 (57)

(341) Ebenso BGHZ 16,111 (115) betr. einen Angestellten, der in Ausübung hoheitlicher Befugnisse einen Dritten verletzte.

Auch für einen Beamten muß, sofern er nicht hoheitlich tätig wird, die Möglichkeit bestehen, Haftungsfreistellung nach allgemeinen Haftungsprinzipien zu erreichen. Artikel 34 Satz 2 GG i.V.m. den beamtenrechtlichen Sondervorschriften findet nur Anwendung, sofern der Beamte in Ausübung eines öffentlichen Amtes einem Dritten Schaden zugefügt hat; sofern der beamtete Arzt aber selbst nicht nach § 839 BGB haftet, kommt eine Staatshaftung nach Artikel 34 GG und demzufolge die in Satz 2 vorgesehene Haftungsbeschränkung im Innenverhältnis nicht zum Zuge. Die Frage, ob die beamtenrechtliche Sonderregelung gegenüber dem allgemeinen, privatrechtlichen Haftungsprinzip den unbedingten Vorrang genießt, kann sich nur dort stellen, wo Artikel 34 GG i.V.m. den maßgeblichen Beamtenrechtsvorschriften tatsächlich Anwendung findet. Im Rahmen des bürgerlich-rechtlichen Aufgabenkreises des Beamten, wo eine Haftung nach § 839 BGB, Artikel 34 GG ausscheidet, besteht für diesen die gleiche Haftungssituation wie im allgemeinen Arbeitsrecht. In diesem Bereich kann die Fürsorgepflicht der öffentlichen Hand als Arbeitgeber auch im Beamtenrecht eine Haftungsfreistellung aus allgemeinen Gesichtspunkten erforderlich erscheinen lassen. (341a)

2. Stehen die §§ 421 ff BGB, die das Haftungsrisiko bei Vorliegen von Gesamtschuldverhältnissen gleichmäßig auf die mehreren Schädiger verteilen, einer einseitigen Belastung des Krankenhausträgers mit dem vollen Haftungsrisiko entgegen ?

Es ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 421, 426, 278, 831 und 840 BGB bereits an die Haftungskonfliktsituation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gedacht hat. Er hat diese Konfliktsituation juristisch gewertet und insbesondere in § 840 Abs. II BGB dem Arbeitnehmer das Haftungsrisiko allein übertragen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß das Haftungsrecht und insbesondere das Recht der unerlaubten Handlung in den letzten

(341a) So im Ergebnis auch Henrichs, NJW 65,460 und Stich, ZBR 59,215; 60,103

50 Jahren seit Inkrafttreten des BGB eine erhebliche Wandlung erfahren hat, wie der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zum Schadensersatz wegen Persönlichkeitsminderung wiederholt zu verstehen gegeben hat. Das 'Betriebsrisiko' und die 'Fürsorgepflicht' sind zu Begriffen geworden, die dem bürgerlichen- und Arbeitsrecht immanent geworden sind. Die innerbetriebliche Risikoverteilung im Arbeitsrecht muß daher nach anderen Grundsätzen erfolgen, als sie vielleicht vor 50 Jahren noch maßgeblich waren. Das Institut des Freistellungsanspruches im Arbeitsrecht wurde in bewußter Rechtsfortbildung geschaffen, da die bürgerlich-rechtlichen Haftungsvorschriften der veränderten Interessensituation nicht mehr voll gerecht zu werden vermochten. Die positiven Haftungsausgleichsbestimmungen der § 421 ff BGB stehen daher einer einseitigen Belastung des Krankenhausträgers mit den vollen Haftungsfolgen nicht entgegen, selbst wenn ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Krankenanstalt und Krankenhausarzt vorliegt.

3. Haben die finanzielle Leistungsfähigkeit des Krankenhausarztes und eine eventuell abgeschlossene Haftpflichtversicherung Einfluß auf den Freistellungsanspruch ?

Weitere Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Freistellungsgrundsätze im Arzt-Krankenhausverhältnis könnten sich daraus ergeben, daß das Reichsarbeitsgericht ursprünglich den Begriff der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bei der Beurteilung mit herangezogen hat. In seinem Urteil vom 18.12.40⁽³⁴²⁾ hat das Reichsarbeitsgericht betont, daß "ein vermögensloser und auf seinen Lohn angewiesener Kraftwagenfahrer es... nicht auf sich nehmen will und kann, in vollem Umfang für solche ... Schäden einzustehen, wenn sie seine Leistungsfähigkeit übersteigen". Noch weitgehender heißt es in der Entscheidung vom 14.1.41,⁽³⁴³⁾ es komme neben dem

(342) ARS 41,59

(343) ARS 41,265

Grad des Verschuldens auf die augenblickliche und zukünftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers an. Schon im Urteil vom 12.6.37⁽³⁴⁴⁾ hatte das Reichsarbeitsgericht ausgeführt, für den Fall, daß der Arbeitnehmer vollen Versicherungsschutz genieße, "könnte natürlich die mit der Klage verfolgte Haftung des Beklagten trotz seiner geringen Entlohnung und obwohl ihm nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt, nicht unbillig genannt werden". Auch der Bundesgerichtshof läßt in seinem Urteil vom 1.2.63⁽³⁴⁵⁾ den Gesichtspunkt der finanziellen Leistungsfähigkeit, wenn auch nicht entscheidungserheblich, anklingen. Rein tatsächlich wäre hierzu auszuführen, daß unter Berücksichtigung dieser Merkmale zumindest der Chefarzt eines Krankenhauses oder der Leiter einer Fachabteilung keinen Freistellungsanspruch geltend machen könnte. Der leitende Krankenhausarzt kann sicherlich 6.000,-- DM Schmerzensgeld aufbringen, ohne daß seine Existenz bedroht wäre.⁽³⁴⁶⁾ Auch schließen die Krankenhausärzte regelmäßig Haftpflichtversicherungen ab, um ihr Haftungsrisiko abzudecken.

Es kommt jedoch für die Freistellung weder auf die Leistungsfähigkeit noch darauf an, ob der Arbeitnehmer eine private Haftpflichtversicherung oder der Arbeitgeber eine Versicherung für den Arbeitnehmer abgeschlossen hat, welche den Schaden tragen muß. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 10.1.55⁽³⁴⁷⁾ unter Hinweis auf Hueck⁽³⁴⁸⁾ ausdrücklich ausgeführt, bei der Frage der Verteilung des Haftungsrisikos zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezüglich Schäden infolge gefahrgeneigter Arbeit komme es nicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers schlechthin an. Etwas anderes habe zu gelten bei Gefahrprämien oder Sondervergütungen, die für eine gefahr-

(344) ARS 30,9

(345) NJW 63,1100

(346) Daß die Freistellungspflicht des Arbeitgebers auch den Schmerzensgeldanspruch Dritter umfaßt, hat das BAG mit U.v. 21.6.63 (NJW 63,1940) ausdrücklich betont.

(347) BGHZ 16,111 (116)

(348) Anmerkung zum Urteil des Reichsarbeitsgerichts v. 14.1.41 in ARS 41,267

geneigte Arbeit gezahlt würden. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 21.6.63⁽³⁴⁹⁾ entschieden, daß die private Haftpflichtversicherung, die der Arbeitnehmer auf eigene Kosten abschließt, einem Freistellungsanspruch nicht entgegensteht. Zwar ist der dortige Leitsatz auf einen speziellen Tatbestand abgestellt, nämlich insofern, als der Arbeitgeber dort die öffentliche Hand war, die ja bekanntlich den Zwangsbestimmungen über die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung nicht unterliegt. Aber aus den Entscheidungsgründen geht nicht hervor, daß das Bundesarbeitsgericht den aufgestellten Leitsatz auf das Verhältnis zum Staat als Arbeitgeber und auf die Fälle beschränken will, wo die gefahrgeneigte Arbeit im Lenken eines Kraftfahrzeugs besteht. Das Bundesarbeitsgericht hat am Schluß der Urteilsgründe ausgeführt, daß der Freistellungsanspruch dann nicht besteht, wenn die Berufshaftpflichtversicherung den Schaden bereits reguliert hat. Sofern der Versicherer sich jedoch weigert, eine Ersatzpflicht anzuerkennen, ist der Freistellungsanspruch gegeben. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu aus: "Der Arbeitgeber kann sich der ihn treffenden Fürsorgepflicht nicht dadurch entziehen, daß er seinen Arbeitnehmer an die von diesem freiwillig eingegangene Versicherung verweist, obwohl die Versicherung zur Deckung des Schadens dem Arbeitnehmer gegenüber nicht bereit ist". Das bedeutet aber, daß durch den Freistellungsanspruch auch das Prozeßrisiko des Arbeitnehmers verringert werden soll. Denn droht ein Schadensersatzprozeß gegen den Arbeitnehmer, weil der Geschädigte mit der Regulierung des Schadens nicht einverstanden ist, so besteht der Freistellungsanspruch gerade im Hinblick auf diesen drohenden Prozeß.

Mehr als auf die fehlende persönliche Leistungsfähigkeit kommt es bei dem ganzen Freistellungsproblem auf einen anderen Gesichtspunkt an, den das Reichsarbeitsgericht erstmals in seiner Entscheidung vom 18.12.40⁽³⁵⁰⁾ anklingen ließ. Dort führte es aus: "Zu diesen Erwägungen kommt vor allem aber auch der ... Gesichtspunkt, daß im Kraftfahrzeugverkehr

(349) NJW 63,1940 (1941)

(350) ARS 41,59

auch leichte Versehen zu unvorhersehbar großen Schäden führen können ... Der Gefolgsmann .. bedarf des Schutzes vor übermässiger Belastung mit Ersatzansprüchen, denen er infolge von in seinem Beruf praktisch unvermeidbaren leichten Versehen ausgesetzt ist". Dies erscheint mir das wesentliche Kriterium des gesamten Freistellungsproblems. Es kommt nicht auf die finanzielle Schwäche, sondern auf die Unbilligkeit folgender Relation an: Intensität der Gefahr einerseits, Haftungsrisiko andererseits. (351)

4. Ist die Tätigkeit des Krankenhausarztes generell schadensgeneigt oder bedarf es einer Nachprüfung in jedem Einzelfall ?

Der Arbeitnehmer, der einen Freistellungsanspruch geltend macht, muß nach allgemeinen Beweisregeln die seinen Anspruch stützenden, anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen. Wie oben bereits dargelegt, ist der Freistellungsanspruch nach h.M. ein sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergebender Erfüllungsanspruch, kein Schadensersatzanspruch. Daraus könnte man folgern, daß der Arbeitnehmer im Prozeß nur die Voraussetzungen der Fürsorgepflicht beweisen muß. Seine Beweislast geht jedoch weiter. Der Freistellungsanspruch ist ein selbständiger Anspruch, der lediglich seinen Rechtsgrund in der Fürsorgepflicht hat. Diese kann sich im Einzelfall in tatbestandlich umgrenzten Einzelansprüchen konkretisieren. Die einzelnen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen Freistellung von Schadensersatzansprüchen Dritter begehrt werden kann, hat daher der Arbeitnehmer zu beweisen. Dazu gehört neben der notwendigen Betriebseingliederung und dem nur leichten Verschulden insbesondere die 'Schadensgeneigtheit' der Arbeitnehmertätigkeit. Dabei ist zu beachten, daß die Schadensgeneigtheit keine Tatsache, sondern ein juristischer Begriff ist; der Arbeitnehmer muß jedoch diejenigen Tatsachen darlegen, aus denen der Jurist den Schluß ziehen kann, daß es sich um eine

(351) Hierauf stellt auch der BGH in seinem Urteil v. 10.1.55 ab (BGHZ 16,111); ebenso BAG 5,1

schadensgeneigte Tätigkeit handelt. Helm⁽³⁵²⁾ warnt davor, durch eine Kasuistik schadensgeneigter Tätigkeiten eine Einschränkung der Haftungserleichterung des Arbeitnehmers anzustreben. Zweifellos geht es nicht an, jede Arbeitnehmertätigkeit als grundsätzlich schadensgeneigt anzusehen. (352a) Es gibt aber Berufe, und zu denen gehört zweifellos der Arzt, bei welchen vom Arbeitnehmer grundsätzlich die Ausübung schadensgeneigter Arbeit verlangt wird.⁽³⁵³⁾ Mag es gerechtfertigt sein, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich in jedem Einzelfall die Schadensgeneigtheit der ihm übertragenen Arbeit besonders darlegen muß. Beim Krankenhausarzt sind an die diesbezügliche Darlegungspflicht keine strengen Anforderungen zu stellen.⁽³⁵⁴⁾ Die ärztliche Tätigkeit ist typischerweise schadensgeneigt. Der juristische Ansatzpunkt, dem Krankenhausarzt möglicherweise den Freistellungsanspruch zu versagen, ist nicht in der Schadensgeneigtheit der Heiltätigkeit, sondern im konkreten ärztlichen Verschulden zu suchen. Hierbei spielen sowohl der etwaige Verstoß gegen ärztliche Kunstregeln als auch die Gründe eine Rolle, aus denen der Arzt beim eigenmächtigen Heileingriff ohne Einwilligung operiert hat.

5. Hat die Selbständigkeit und Weisungsungebundenheit in ärztlichen Fragen einen Einfluß auf den Freistellungsanspruch ?

Der Bundesgerichtshof hat in einem neueren Urteil vom 1.2.63⁽³⁵⁵⁾ ausgeführt, daß der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch im freien Dienstvertragsrecht keine Anwendung finden könne und daher dem selbständig Tätigen nicht zustehe.

(352) ArchCivPr S. 150 f.

(352a) Dies nimmt neuerdings entgegen der gefestigten Rspr. des BAG das LAG Ffm. an, NJW 65,788

(353) Das erhöhte Schadensrisiko wird teilweise generell bejaht beim Betrieb eines Kfz im Straßenverkehr. Vgl. BGHZ 16,111 (118); BGH NJW 63,940 läßt die Frage offen.

(354) Über die grundsätzliche Schadensgeneigtheit der ärztlichen Tätigkeit vgl. bspw. RGZ 78,435.

(355) NJW 63,1100

Dieser Ansicht muß allgemein zugestimmt werden, wenn man bedenkt, daß die Haftungserleichterung im Grunde genommen nur deshalb gerechtfertigt ist, weil der Arbeitgeber kraft seines aus dem Arbeitsvertrag entspringenden Weisungsrechts den Arbeitnehmer mit der gefahrgeneigten Arbeit betraut.(356) Der aufgrund eines Dienstvertrages selbständig Tätige übernimmt dagegen die gefahrgeneigte Arbeit nicht "in Erfüllung einer Gehorsamspflicht, sondern auf Grund seines eigenen rechtsgeschäftlichen Willens mit dem Abschluß des Vertrages selbst".

Dieser Grundsatz paßt jedoch weder auf den Assistenzarzt noch den leitenden Krankenhausarzt, unabhängig von der rechtlichen Natur des Anstellungsvertrages. Zwar steht der Chefarzt und Abteilungsleiter eines Krankenhauses zu dem Krankenhausträger in aller Regel in einem Dienst- und keinem abhängigen Arbeitsverhältnis.(357) Denn eine dem Arbeitsverhältnis immanente Weisungsgebundenheit des Chefarztes vertrüge sich nicht mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses.(358)

Es kommt für die Frage der Freistellungspflicht des Krankenhausträgers auf die Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses gar nicht entscheidend an. Auch wenn der leitende Krankenhausarzt auf fachlichem sowie organisationstechnischem Gebiet innerhalb seiner eigenen Fachabteilung völlig weisungsungebunden ist, so ist er doch insgesamt gesehen verwaltungsrechtlich weitgehend gebunden.(359) Als beamteter Arzt ist der leitende Kliniksdirektor verpflichtet, die eingelieferten

(356) Isele, NJW 63,1100 in einer Anm.z.Urteil d.BGH v.1.2.63

(357) Ein Arbeitsverhältnis liegt im Gegensatz zu einem freien Dienstvertrag nach allgemeiner Ansicht dann vor, wenn der Verpflichtete nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich von dem Dienstberechtigten abhängig, d.h. bei seiner Arbeit an dessen Weisungen gebunden ist. Vgl. etwa BAG in AP Nr.7 zu § 5 ArbGG mit Nachw.

(358) Nipperdey, Der Krankenhausarzt 49,16 ff; vgl. weiter zur rechtl. Natur des Anstellungsverhältnisses eines Chefarztes: LAG München, AP 50 Nr. 20; OLAG RhldPf, BB 52,232; BAG NJW 61,2085 (stellt etwa darauf ab, ob der Chefarzt bestimmte Dienststunden einhalten muß und die Dauer seines Urlaubs selbst bestimmen kann). Vgl.zum Vertrag mit einem Assistenzarzt: OLAG Tübingen, BB 51,840; LAG Ffm. AP 52,Nr.209; OLAG RhldPf,AP 53 Nr.84

(359) Vgl. etwa BAG NJW 61,2085

Dritterklassepatienten, die mit dem Krankenhausträger einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag abgeschlossen haben, ärztlich zu behandeln. Diesbezüglich, also gerade im Hinblick auf die Übertragung eines schadensgeneigten Aufgabenkreises, ist der Krankenhausarzt weisungsgebunden.⁽³⁶⁰⁾ Er kann sich zumindest im Bereich des totalen Krankenhausvertrages seine Patienten nicht aussuchen und somit nicht frei über die Übernahme des Operationsrisikos in Form des möglichen Haftungsrisikos entscheiden. Auf den Krankenhausträger trifft auch noch ein Gesichtspunkt zu, den der Bundesgerichtshof in seinem oben zitierten Urteil vom 1.2.63 als wesentlich für die Belastung des Arbeitgebers mit dem Haftungsrisiko im betrieblichen Innenverhältnis angeführt hat: Daß nämlich für den Arbeitgeber die Möglichkeit besteht, Schädigungen durch betriebliche Leitung und Überwachung des für ihn Tätigen abzuwenden. Hier kommt die Möglichkeit in Betracht, die angestellten Ärzte auf bestimmte Heilmethoden oder Komplikationsgefahren aufmerksam zu machen.⁽³⁶¹⁾ Eine derartige Überwachungsmöglichkeit und -pflicht wurde von der Rechtsprechung wiederholt gerade für den Krankenhausträger angenommen, ihre Verletzung führt sogar oftmals zu einer unmittelbaren Haftung des Krankenhausträgers nach §§ 31,823 BGB.⁽³⁶²⁾

Aus diesen Gründen ist die haftungsrechtliche Stellung eines Chefarztes genau so zu beurteilen wie die eines völlig abhängigen und auch fachlich weisungsgebundenen Arbeitnehmers. Zwischen dem Krankenhausträger und den angestellten Krankenhausärzten besteht trotz der fachlichen Freiheit der Ärzte ein Fürsorgeband, das den Regeln des Arbeitsrechts unterliegt und weit über das hinausgeht, was, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 1.2.63 zum Ausdruck bringt, die allgemeinen Vorschriften der §§ 617,618 BGB schützen wollen. Auch der Krankenhausarzt ist dem Krankenhausträger betriebsverbunden und hat daher Anspruch auf die erhöhte

(360) Die Weisungsbefugnis ist das notwendige Korrelat zur Tragung des Betriebsrisikos, vgl. BGH NJW 63,1100

(361) Vgl. RGZ 112,294 und BGHZ 5,325

(362) Siehe hierzu oben S. 46 f

Fürsorge, welche durch arbeitsrechtliche Grundsätze inhaltlich näher bestimmt wird. Die arbeitsrechtlichen Grundsätze über die innerbetriebliche Haftungsfreistellung gelten unumschränkt auch im Krankenhausbetrieb. (363)

6. Kommt für den Krankenhausarzt ein unbeschränkter Freistellungsanspruch in jedem Fall schuldhafter Drittschädigung in Betracht oder hat er nur einen Teilanspruch, gemessen an dem Grad seines Verschuldens?

Der Bundesgerichtshof führt in seinem mehrfach zitierten Grundsatzurteil vom 10.1.1955 aus: "Je größere Gefahren die vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer übertragene Tätigkeit in sich birgt, um so weitgehender wird der Umfang der Gefahrtragung des Arbeitgebers sein". Dagegen könne eine feste Abgrenzung dahingehend, daß leichte Fahrlässigkeit immer eine Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber voll ausschliesse - und folgerichtig in diesem Rahmen eine 100 %ige Freistellung in Betracht käme, - nicht getroffen werden. (364)

Für körperliche Schädigungen im Rahmen eines Krankenhausbetriebes hat möglicherweise etwas anderes zu gelten. Wie es einerseits Tätigkeiten gibt, in deren Rahmen die Rechtsprechung zumindest bislang den Weg geebnet hat, um künftig die Schadensgeneigtheit generell festzustellen, (365) gibt es andererseits Tätigkeiten, bei denen Schädigungen erfahrungsgemäß auf menschlicher Unzulänglichkeit beruhen, wo aber gerade das schwere Verschulden die Ausnahme bildet. Eine solche Tätigkeit ist die ärztliche Heilpraxis. Es ist geradezu als typisch anzusehen, daß in ärztlichen Haftpflicht-

(363) So im Ergebnis auch Burmester S. 228, der sich in seiner rechtlichen Begründung auf den Hinweis der Schadensgeneigtheit beschränkt, ansonsten auf BGHZ 16,111 verweist. Haftungsfreistellung kommt natürlich nur bei Behandlung von Kassenpatienten, nicht von Privatpatienten in Betracht. Vgl. auch Herschel, JW 39,454

(364) Über die bewegliche Schadenverteilung vgl. Burmester S. 229 mit Rechtsprechungsübersicht.

(365) Vgl. bspw. BGHZ 16,111 (118); BGH NJW 63,940

prozessen, sofern der Anspruch auf eigenmächtige Heilbehandlung gestützt wird, die schuldhaft mangelhafte Aufklärung als haftungsbegründend geltend gemacht wird. Das Verschulden des Arztes ist hier in der Regel nicht schwer, weil er sich aus medizinisch erforderlichen, wenigstens jedoch vertretbaren Gründen im Interesse des Patienten über dessen Willen hinwegsetzt. Gerade in diesem Bereich sollte man daher dem Krankenhausarzt generell Haftungs-freistellung gewähren.^(365a) Da er nach allgemeinen Beweisgrundsätzen sein nur leichtes Verschulden, welches tatbestandliche Voraussetzung des Freistellungsanspruches ist, beweisen muß, ist ihm zunächst die Anscheinsbeweissführung zu eröffnen. Die Haftungsfreistellungsklage ist also bereits schlüssig und an die subjektive Beweislast sind keine weiteren Anforderungen zu stellen, wenn der Arzt, was er regelmäßig mit bestem Gewissen tun kann, behauptet, er habe die Aufklärung unterlassen oder die erforderliche Einwilligung nicht eingeholt, um den Patienten vor Aufregung und damit verbundenen gesundheitlichen Schäden zu bewahren. Das ärztliche Verschulden ist auch dann beim eigenmächtigen Heileingriff typischerweise gering, wenn der Arzt nicht aufgeklärt hat, weil er das betreffende Operationsrisiko für gering erachtete. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf den ärztlichen Fortbildungsnotstand hinzuweisen, aufgrund dessen die Ärzte nicht jede mögliche Operationskomplikation 'ex ante' erkennen können.⁽³⁶⁶⁾

Behauptet der Krankenhausträger ein grobes Verschulden des Krankenhausarztes beim eigenmächtigen Heileingriff, so muß er Gründe dartun, die die Überzeugung des Richters von der grundsätzlich vorliegenden leichten Fahrlässigkeit zu erschüttern geeignet sind. Sicher kann der Anscheinsbeweis für den Arzt nicht in allen Fällen eigenmächtiger Heilbe-

(365a) Larenz, Seuff Arch.59,189 und ihm folgend Rother, S. 262 f. weisen zu Recht darauf hin, daß die Feststellung, ob leichtes oder grobes Verschulden vorliegt, nur schwer zu treffen ist. Diese Schwierigkeit darf jedoch - sofern man an der Brauchbarkeit des Verschuldens als Abgrenzungskriterium für die Freistellung festhält (zweifelnd Rother,S. 263) - nicht zu Lasten des Arztes gehen.

(366) oben S.44

handlung zu einem 100 %igen Freistellungsanspruch führen. M.E. ist es daher aus den dargelegten Umständen sogar gerechtfertigt, in den Fällen eigenmächtiger Heilbehandlung über den Anscheinsbeweis hinaus die Beweislast für das Vorliegen nur leichten Verschuldens, welches Tatbestandsmerkmal des Freistellungsanspruches ist, umzukehren und dem Krankenhausträger aufzubürden; bestreitet dieser seine Freistellungspflicht als Ausfluß der allgemeinen Fürsorgepflicht, so trifft ihn die Beweislast, daß der Arzt grob fahrlässig die erforderliche Aufklärung unterlassen oder die Operationseinwilligung nicht eingeholt hat. Eine solche, über die Anscheinsbeweissführung hinausgehende Beweislastumkehr ist, wie die Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bezüglich der Frage der Ursächlichkeit zwischen Behandlungsfehler und Schadensfolgen zeigt, (367) aus der jeweiligen Interessenlage heraus möglich. (368) Der Bundesgerichtshof hat bspw. eine echte Beweislastumkehr in den Fällen entwickelt, wo das Reichsgericht früher lediglich den Anscheinsbeweis zugelassen hat. (369)

Etwas anderes hat für den kunstfehlerhaften Heileingriff zu gelten. Auch hier dürfte es so sein, daß "leichte Fahrlässigkeit" einen 100 %igen Freistellungsanspruch gegen den Krankenhausträger gewährt. Bei der Abgrenzung ist zu beachten, daß ein schweres ärztliches Verschulden, welches die Haftungserleichterung schmälern oder ganz ausschließen kann, etwa dann vorliegt, wenn der Arzt bei der Operation nicht den sichersten Weg beschreitet, sondern eine zwar von ihm bevorzugte, in der medizinischen Wissenschaft jedoch überwiegend abgelehnte Heilmethode verwendet, die später zum Schaden führt. Die Abgrenzung im einzelnen muß den medizinischen Sachverständigen überlassen bleiben. Bezüglich der Beweislastverteilung hat hier jedoch etwas anderes zu gelten als beim eigenmächtigen Heileingriff. Denn während man dort von einem grundsätzlich leichten Verschulden reden kann, das in der mangelhaften Aufklärung bzw. der überhaupt

(367) Siehe oben S.51 f

(368) So insbesondere RGZ 171,171

(369) BGH LindMöhr Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO und BGH NJW 59,1583

fehlenden Operationseinwilligung liegt und das zu unverhältnismäßig großen Schadensersatzansprüchen führen kann, ist das nur leichte Verschulden beim kunstfehlerhaften Heileingriff nicht typischerweise indiziert. Es wird daher an dem Freistellung begehrenden Arzt liegen, im Einzelfall darzutun, daß ihn an der fehlerhaften Behandlung nur ein leichtes Verschulden trifft, welches, gemessen an der Schwierigkeit der durchzuführenden Operation oder Heilbehandlung, als gering betrachtet werden muß. Doch besteht auch bei groben Behandlungsfehlern die Möglichkeit einer teilweisen Freistellung. Man muß an die ärztliche Heiltätigkeit auf jeden Fall andere Maßstäbe anlegen als bei der Beurteilung von Freistellungsansprüchen, welche aus Schädigungen im Rahmen sonstiger Arbeitsleistungen, insbesondere aus Schädigungen im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs hergeleitet werden. Die Schadenswahrscheinlichkeit der Heiltätigkeit ist in jedem Falle größer.

IV. Die Übertragbarkeit des Freistellungsanspruches auf den Patienten

In der Mehrzahl aller Schadensfälle werden, sofern ein totaler Krankenhausvertrag vorliegt, Krankenhausträger und -arzt als Gesamtschuldner in Anspruch genommen. Der Krankenhausträger ist regelmäßig der finanziell Stärkere, der Krankenhausarzt haftet immer auf Schmerzensgeld, was für ersteren nicht unbedingt zutreffen muß. Der Arzt kann nun den Haftpflichtprozeß gegen sich abwarten und anschließend im Regreßwege Ausgleich bzw. volle Schadenstragung durch den Kliniksträger verlangen. Die Mißlichkeit, die sich für den Arzt daraus ergibt, daß er überhaupt mit einem Prozeß behelligt wird, legt jedoch die Frage nahe, ob er den Freistellungsanspruch von vornherein an den Patienten abtreten kann.

1. Übertragbarkeit trotz § 399 BGB.?

§ 399, 1. Halbsatz BGB besagt, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Der Schuldbefreiungsanspruch ist auf Schuld- oder Erfüllungsübernahme gerichtet. Im Falle einer Abtretung an den Drittgläubiger kann die Leistung nur in Form der Zahlung erfolgen.

Sofern die Abtretung des Befreiungsanspruches an den Gläubiger der Schuld erfolgt, hat die Rechtsprechung eine Ausnahme vom Abtretungsverbot zugelassen.⁽³⁷⁰⁾ Dies wird damit begründet, daß sich die ursprüngliche Leistung nur in einen Zahlungsanspruch verwandelt, daß aber im übrigen der Zweck des in § 399 BGB niedergelegten Abtretungsverbotes nicht berührt wird, der darin besteht, daß die Zession dort ausgeschlossen ist, wo die persönlichen Beziehungen den Inhalt des Schuldverhältnisses entscheidend prägen.⁽³⁷¹⁾

Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Abtretbarkeit des Freistellungsanspruches an den Drittgeschädigten zunächst offengelassen.⁽³⁷²⁾ In einer neueren Entscheidung vom 27.2.1964⁽³⁷³⁾ hat der II. Senat die Abtretung allerdings insoweit für unzulässig erklärt, als der Arbeitgeber des schädigenden Arbeitnehmers dem drittgeschädigten Betriebsfremden selbst nicht haftet. Der II. Senat begründet diese Auffassung damit, daß der geschädigte Dritte kein rechtlich geschütztes Interesse daran habe, an das Vermögen des Arbeitsgebers in weiterem Umfange heranzukommen als dessen persönlicher Haftung entspreche. Ein eigenes, rechtlich geschütztes Interesse an der Freistellung

(370) RGZ 121, 305; 130,378; 158,12; 140,378; 158,12; BGHZ 12,136; vgl. aus dem Schrifttum: Palandt, Anm. 2a) zu § 399 BGB und die Übersicht bei Helm, ArchCivPr 160,138.

(371) Palandt, Anm. 2b) zu § 399 BGB unter Hinweis auf die §§ 717,847 S. 2, 1300,1623 BGB.

(372) BGH VersR 57,463; vgl. Gumpert BB 58 S. 742 und Helm. ArchCivPr 160,138, die die Abtretbarkeit bejahen.

(373) NJW 64,1272

sei aber deshalb zu fordern, weil die Rechtsprechung nur für diesen Fall eine Abtretung des Schuldbefreiungsanspruches trotz der Bestimmung des § 399 BGB zugelassen habe. Dieses eigene rechtliche Interesse an der Abtretung treffe auf die Zession des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruches zumindest immer dann nicht zu, wenn auf dem Umweg über eine Abtretung oder Pfändung des Freistellungsanspruches der Rahmen der gesetzlichen Haftungsbeschränkung des Arbeitgebers des Schädigers gesprengt werde. (374)

Im Schrifttum wird die Abtretbarkeit des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruches überwiegend anerkannt. (375) M.E. müssen die Bedenken, die der Bundesgerichtshof angemeldet hat, nicht gegen eine grundsätzliche Zulässigkeit der Abtretung des Freistellungsanspruches in den Fällen sprechen, in denen der Arbeitgeber dem Dritten persönlich nicht haftet. Das berechnigte Gläubigerinteresse an der Abtretung des Freistellungsanspruches ist doch schon deshalb zu bejahen, weil das Prozeßrisiko des Dritten bei einem Rechtsstreit mit dem finanzkräftigeren Arbeitgeber regelmäßig geringer ist. Das Gesetz erkennt in § 398 BGB allgemein die Möglichkeit einer Verschiebung der Leistungsbeziehungen im Schuldverhältnis an. Die Bedenken, die sich aus § 399 BGB wegen des fürsorgerechtlichen Charakters des Freistellungsanspruches gegen eine Abtretbarkeit herleiten lassen, sind bereits dadurch ausgeräumt, daß sich der persönliche, aus dem Fürsorgeverhältnis entspringende Anspruch in einen Zahlungsanspruch verwandelt. Auch im Rahmen der zulässigen Abtretung eines normalen Schuldbefreiungsanspruches brauchen zwischen dem Schuldbefreiungsschuldner und dem Drittgläubiger keine Rechtsbeziehungen bestehen. Von einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Arbeitgebers in den vom Bundesgerichtshof erwähnten Fällen kann deshalb nicht gesprochen werden, weil der Arbeitgeber materiell-rechtlich

(374) Die Frage, ob im Bereich der persönlichen Haftung des Arbeitgebers eine Abtretbarkeit des Freistellungsanspruches möglich ist, läßt der II. Senat dahingestellt.

(375) Gumpert, BB 58,742 f; Helm, ArchCivPr 160,138

seinen Arbeitnehmer in jedem Falle in weiterem Umfange von Schadensersatzansprüchen freistellen muß, als er dem Drittgläubiger persönlich haftet; er kann sich seinem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf Haftungsprivilegien berufen. (376)

Schließlich ist im Rahmen dieser Dreiecksbeziehung im Arbeitsrecht zu berücksichtigen, daß ja der Arbeitgeber die Gefahr gesetzt hat, die zur Schädigung des Dritten geführt hat, indem er seinen Arbeitnehmer mit der arbeitsbedingt schadensgeneigten Tätigkeit betraute. Auch hieraus muß man unter Heranziehung des in Artikel 34 GG niedergelegten Gedankens ein Interesse an der Abtretung bejahen. (377)

Die rechtlichen Folgen der Abtretung des Freistellungsanspruches auf den Patienten sind unter anderem die, daß der Krankenhausträger nach erfolgter Zession dem Patienten in gleichem Umfange Ersatz leisten muß wie der Arzt persönlich haftet; er kann sich insbesondere nicht mehr auf den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB berufen, der einer persönlichen Haftung des Krankenhausträgers auf Schmerzensgeld im allgemeinen entgegenstehen kann.

2. Kann der Arzt den Patienten auf den Anspruch gegen das Krankenhaus aus dem totalen Krankenhausvertrag verweisen und ist der Patient verpflichtet, einer Abtretung des Freistellungsanspruches zuzustimmen ?

Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, welches die gegenseitigen Beziehungen in verschiedener Weise rechtlich prägt, verbietet es dem Patienten, einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den behandelnden Arzt geltend zu machen, sofern er einen durchsetzbaren Anspruch gegen den Krankenhausträger hat. Hier spielt der in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke mit hinein, den Beamten von den großen Gefahren und Belastungen persönlicher Verantwortung zu befreien. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB schützt auch die Interessen des Beamten, nicht nur die des

(376) Helm, ArchCivPr 160,134 weist allgemein auf die haftungsrechtl. Schlechterstellung des Arbeitgebers hin.

(377) In einer Analogie zu Art. 34 GG sieht Denecke, RdA 52, 209 den Rechtsgrund des Freistellungsanspruches.

Geschädigten. (378) Auch die Tätigkeit des Beamten, insbesondere des Grundbuchbeamten, ist in gewissem Sinne schadensgeneigt. Jovy (379) führt hierzu aus: "Zweck der Beschränkung in § 839 BGB war es, die Entschlußkraft der Beamten zu sichern und sie vor unbilligen Härten zu schützen, die sie bei einer unbeschränkten Haftung bei der großen Zahl der Dienstvorschriften... unweigerlich getroffen hätte". Im Verhältnis zwischen Arzt und Patient müssen wegen der Schadensgeneigtheit der ärztlichen Tätigkeit ähnliche Erwägungen angestellt werden und zwar dahingehend, daß hier das gegenseitige Traueband im Hinblick auf die Erreichung des mit dem sozialen Kontakt verfolgten Zwecks (Heilung) der ausschlaggebende Grund für das Verweisungsrecht des Arztes ist. Haben wir das Vertrauensverhältnis auch nicht als so stark empfunden, daß der Patient dieserhalb in der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt überhaupt beschränkt ist, so ist es ihm andererseits zumutbar, den Arzt im Falle einer mißglückten oder eigenmächtigen Operation von einer persönlichen Inanspruchnahme auf Schadensersatz so lange zu verschonen, als er den wirtschaftlich stärkeren Krankenhausträger mit Erfolg haftbar machen kann. In dem Falle also, daß das Krankenhaus neben dem Arzt aus Vertrag haftet, ist es dem Patienten zumutbar, den Arzt nicht als Gesamtschuldner zu verklagen. In dem Falle, daß der Krankenhausträger persönlich zwar nicht haftet - bspw. auf Schmerzensgeld -, der Arzt wegen des Schadensfalles jedoch einen Freistellungsanspruch gegen den Krankenhausträger hat, ist es dem Patienten zumutbar, Schadensersatzansprüche gegen Abtretung des Freistellungsanspruches nur gegen den Krankenhausträger geltend zu machen. Dies gilt freilich nur so lange, als der Krankenhausträger die Freistellungspflicht anerkennt oder ein Prozeß gegen den Krankenhausträger hinreichende Erfolgsaussicht hat, denn es kann dem Patienten wiederum nicht zugemutet werden, sich auf ein zusätzliches Prozeßrisiko einzulassen.

(378) Palandt, Anm. 2 c) zu § 839 BGB; a.A. Forsthoff S.281 Anm. 2

(379) S. 55 Anm. 159 unter Hinweis auf die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, von Mugden, 2.Bd., 1899, S. 459 ff und 1148 ff.

3. Kann der Patient den arbeitsrechtlichen Freistellungs-
anspruch des Krankenhausarztes pfänden ?

Im Falle daß der persönlich haftende Krankenhausarzt vermögenslos und unversichert ist, der Krankenhausträger jedoch auf Schmerzensgeld nicht haftet, fragt es sich, ob der Patient von dem Krankenhausarzt, der ihn kunstfehlerhaft oder eigenmächtig behandelt hat, verlangen kann, daß er ihm den Freistellungsanspruch gegen den Krankenhausträger abtritt oder ob er ihn pfänden kann.

Der Bundesgerichtshof, der in seiner Entscheidung vom 27.2.64⁽³⁸⁰⁾ bereits die Abtretbarkeit des Freistellungsanspruches für diese Fälle verneint hat, hält aus den gleichen Gründen auch eine Pfändung für unzulässig, da dem Drittschädigten ein eigenes rechtliches Interesse fehle. Bejaht man jedoch die Abtretbarkeit des Anspruches, so bestehen auch keine Bedenken gegen eine Pfändung. Bedenken können sich lediglich unter bestimmten Voraussetzungen gegen die Geltendmachung des gepfändeten Anspruches ergeben. Ebenso wenig wie der Geschädigte mit den Folgen des Freistellungsanspruches belastet werden darf,⁽³⁸¹⁾ sollte er aus dem Freistellungsanspruch Gewinn ziehen dürfen. Für den Fall, daß der Patient den Freistellungsanspruch pfändet, weil der Arzt selbst vermögenslos ist und er nun auf dem Umweg über den Freistellungsanspruch, dem der Krankenhausträger die Haftungsprivilegien des BGB nicht entgegenhalten kann, mehr verlangen möchte als er von dem Arzt persönlich hätte verlangen können,⁽³⁸²⁾ scheint eine Einwendung des in Anspruch genommenen Krankenhausträgers wegen Rechtsmißbrauchs begründet.⁽³⁸³⁾ Nach den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen liegt ein Rechtsmißbrauch dann vor, wenn von einem

(380) NJW 64,1272

(381) Siehe hierzu Helm, ArchCivPr 160,150 f.

(382) Etwas anderes gilt, wenn er statt des Arztes lieber den Krankenhausträger verklagen will, weil dieser finanzstärker ist.

(383) So allgemein für das Arbeitsrecht Helm, aaO S. 152

gesetzlich gewährten Recht ein Gebrauch gemacht wird, der nicht dem gesetzgeberischen Zweck der gewährenden Norm entspricht.⁽³⁸⁴⁾ Zweck des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruches ist es, den Arbeitnehmer von der ihn persönlich treffenden Haftung freizustellen.⁽³⁸⁵⁾ Sofern jedoch der Geschädigte mit Hilfe des abgetretenen oder gepfändeten Freistellungsanspruches vom Arbeitgeber mehr verlangt als er von dem Schädiger persönlich hätte erlangen können, wird der Freistellungsanspruch nicht mehr zur Entlastung des Arbeitnehmers benutzt, dient vielmehr ausschließlich den Interessen des Geschädigten und wird daher zweckentfremdet.⁽³⁸⁶⁾ Der Arbeitgeber, in unserem Fall der Krankenhausträger, kann sich auf Rechtsmißbrauch berufen.

Es ist also festzuhalten, daß abgetretene oder gepfändete Freistellungsansprüche von geschädigten Patienten nur insoweit geltend gemacht werden können, als auch eine Durchsetzung der primären Ersatzansprüche gegen den Krankenhausarzt möglich wäre. Darüber hinaus ist eine Geltendmachung rechtsmißbräuchlich. Die Beweislast für die Behauptung, der Patient fordere mehr als er von dem Arzt verlangen könne, trägt der Krankenhausträger, da er die Vermögensverhältnisse der angestellten Ärzte am besten überblicken kann.⁽³⁸⁷⁾

(384) BGHZ 3,103 f; BGH MDR 58,750; BGH NJW 59,478;
BGH LindMöhr Nr. 10 zu § 242 BGB; Helm, aaO S. 152

(385) Helm, aaO S. 152

(386) Helm, aaO S. 153

(387) Vgl. hierzu allgemein Soergel-Siebert, Anm. 123
zu § 242 BGB.

S c h l u ß b e m e r k u n g

Mit den vorliegenden Ausführungen sollte versucht werden, die prekäre haftungsrechtliche Stellung des Arztes aufzuzeigen, die im Grunde genommen dem Wesen und dem sozialen Wert der ärztlichen Tätigkeit nicht gerecht wird und die daher im Haftungsrecht einmalig ist. Die Nähe der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist evident. Die ärztliche Haftung ist streng, muß es aber auch sein im Hinblick auf die eminente Wichtigkeit und Schutzwürdigkeit des Rechts am menschlichen Körper sowie im Hinblick auf das schutzwürdige Vertrauen des Kranken in die ärztliche Kunst. Eine Haftungsfreizeichnung, wie sie im Rahmen der normalen Austauschverträge, insbesondere bei den sozialtypischen Massenverträgen fast die Regel ist, ist im Verhältnis Arzt zu Patient aus Gründen der Standesethik und im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen unzulässig. Auch die aus allgemeinen Rechtsgedanken durchführbare Verteilung des Haftungsrisikos muß vor dem besonderen Vertrauenselement im Arzt-Kranken-Verhältnis und der gesteigerten Fürsorgepflicht des Arztes Halt machen. Eine Korrektur des Sorgfaltsmaßstabes speziell für die Ärzte und eine damit verbundene generelle Haftungsbeschränkung kommt daher ebensowenig in Betracht. Schließlich kann das 'Alles-oder-Nichts-Prinzip' unseres Schadensersatzrechtes im Hinblick auf den sozialen Sinngehalt der Heiltätigkeit nicht zugunsten eines an den beiderseitigen Interessen orientierten Prinzips der beweglichen Schadensverteilung durchbrochen werden. Der Arzt haftet auch bei nur leichtem Verschulden regelmäßig für den gesamten Folgeschaden. Das ist insoweit besonders hart, als sich durch die Adäquanzformel nur in den seltensten Fällen eine Haftungsbegrenzung für unvorhergesehene Operationskomplikationen erreichen läßt. Doch auch bei Berücksichtigung einer Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Schadensereignis und Folgeschaden läßt sich kein günstigeres haftungsrechtliches Ergebnis für den Arzt erreichen. Gerade beim eigenmächtigen Heileingriff ist die

Haftung des Arztes im Ergebnis eine Erfolgshaftung für den gesamten Folgeschaden. Das Schmerzensgeld sowohl für eigenmächtige als auch kunstfehlerhafte Heileingriffe muß allerdings aus verschiedenen rechtlichen Überlegungen heraus gering bemessen werden. In vielen Fällen eigenmächtiger Heilbehandlung entfällt ein Schmerzensgeld überhaupt. Im Bereich der Haftung für kunstfehlerhafte Schädigungen kann die Haftung allerdings nicht in gleichem Umfange begrenzt werden wie beim eigenmächtigen Heileingriff. Dies liegt daran, daß der Arzt sich beim kunstfehlerhaften Eingriff nicht auf sein ärztliches Standesethos berufen kann; dem Arzt darf ein Kunstfehler nicht unterlaufen. Im Hinblick auf die Schadensgeneigtheit der ärztlichen Tätigkeit läßt sich jedoch wenigstens im Krankenhausbetrieb eine Haftungsrisikoverteilung zugunsten der Ärzte durchführen, die im Ergebnis den Schaden persönlich nur in den Fällen tragen müssen, wo ihnen ein besonders schwerer und offensichtlicher Kunstfehler unterlaufen ist. Vor einer Misère kann man die Ärzteschaft jedoch nicht schützen: Das ist der Umstand, daß die Ärzte überhaupt in einen Prozeß hineingezogen werden, in dem sie teilweise nicht nur fachlich, sondern auch persönlich angegriffen werden. Jungmichel hat bereits in seiner Schrift 'Der Arzt als Gutachter im Haftpflichtprozeß' den Gedanken einer versicherungsrechtlichen Lösung des gesamten ärztlichen Haftungskonflikts angeschnitten. Eine solche versicherungsrechtliche Lösung läßt sich jedoch aus technischen Gründen nicht finden. Das reine Operationsrisiko läßt sich unabhängig vom ärztlichen Haftungsrisiko versicherungsrechtlich nicht erfassen. So bleibt für den Arzt unter Ausnutzung aller rechtlichen Möglichkeiten, seine Haftung zu begrenzen, eine bittere Erkenntnis: Ihm droht täglich der Haftpflichtprozeß, in dem ihm als Dank für sein aufopferndes Bemühen eines vorgehalten wird: Sofern der Patient gesundet, verdankt er es seiner guten Konstitution, bleibt er krank oder stirbt er, so wird die Schuld beim Arzt gesucht.

L e b e n s l a u f

Am 17. Februar 1938 wurde ich in Mainz als Sohn des Universitätsprofessors Dr.med.Georg Brandt und seiner Ehefrau Rosemarie geb. Voelcker geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Immenstadt/Allgäu und Mainz wurde ich Ostern 1948 in das altsprachliche Gymnasium zu Mainz, jetziges Rabanus-Maurus-Gymnasium, aufgenommen. Nach bestandenem Abitur im März 1957 wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Nachdem ich das erste Semester an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz belegt hatte, beendete ich mein 9-semesteriges Studium an der Karl-Rupprecht-Universität in Heidelberg. Weihnachten 1961 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Stuttgart mit der Note befriedigend. Seit dem 12. Februar 1962 bin ich im Justizausbildungsdienst in Rheinland-Pfalz als Gerichtsreferendar beschäftigt.

